Der Widerstand gegen die Staatsgewalt

unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe und neuesten Reformarbeiten zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch

■

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Walter Hailer
Referendar beim Amtsgericht Rottweil a. N.

1931.

Der Widerstand gegen die Staatsgewalt

unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe und neuesten Reformarbeiten zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch

■

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Walter Hailer
Referendar beim Amtsgericht Rottweil a. N.

1931

Mündliche Prüfung: 9. Mai 1931
Referent: Professor Dr. Schoetensack

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0031

Inhaltsübersicht

I. Teil: Einleitung. Seite

§ 1 Ziel und Abgrenzung der Arbeit . . . 14—16
§ 2 Die staatsrechtliche Fundierung der Strafbestimmungen über den Widerstand gegen die Staatsgewalt . . . . . 16—18

II. Teil: Vergleich des geltenden Rechts mit den Entwürfen.

I. Abschnitt: Der objektive Tatbestand.

A) Die geschützten Rechtssubjekte.

a) im geltenden Recht.

§ 3 Die Beamten überhaupt und die Behörden 19—24
§ 4 Die Vollstreckungsbeamten und die in § 113 Abs. 3 STGB. geschützten Personen und Personenverbände . . . . . 25—32
§ 5 Die Forst- und Jagdbeamten und die ihnen in § 117 STGB. gleichgestellten Privatpersonen . . . . . 32—35
§ 6 Die ausländischen Beamten . . . . . 35—38

b) in den Entwürfen . . . . . 38—49

B) Die geschützten Tätigkeiten.

a) im geltenden Recht.

§ 7 Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung 50—69
§ 8 Der Widerstand gegen unrechtmässige Amtshandlungen und sein Verhältnis zur Notwehr . . . . . 69—75

b) in den Entwürfen . . . . . 75—79

C) Die strafbaren Handlungen.

§ 9 a) im geltenden Recht . . . . . 80—90
b) in den Entwürfen . . . . . 90—97

II. Abschnitt: Der subjektive Tatbestand.

§ 10 Der Vorsatz
a) im geltenden Recht . . . . . 98—104
b) in den Entwürfen . . . . . 105—108

III. Abschnitt: Erscheinungsformen des Delikts.

§ 11 Versuch und Vollendung
a) im geltenden Recht . . . . . 109—111
b) in den Entwürfen . . . . . 111—113

IV. Abschnitt: Der Strafrahmen.

§ 12 Die Strafdrohungen in den einzelnen Tatbeständen
a) im geltenden Recht . . . . . 114—116
b) in den Entwürfen . . . . . 117—122

V. Abschnitt: Konkurrenzfragen.

a) im geltenden Recht

§ 13 Das Verhältnis der §§ 113, 114 und 117 STGB zueinander . . . . . 123—124

§ 14 Das Verhältnis der in § 13 behandelten Gesetzesbestimmungen zu anderen des Strafgesetzbuchs . . . . . 124—126

b) in den Entwürfen . . . . . 126—127

Literaturverzeichnis[1]

A

Gesetze, Entwürfe und Materialien.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (StGB).

Kgl. Württembergisches Strafgesetzbuch v. 1. 3. 1839. 4. Ausgabe, Reutlingen 1841.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (VE) mit Begründung (VE Begr.), bearbeitet von der hiezu bestellten Sachverständigenkommission, veröffentl. auf Anordnung des Reichsjustizamts, Berlin 1909.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1911 (gutachtl. Aeusserungen).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs (GE), aufgestellt von den Professoren D. Dr. W. Kahl, Dr. K. v. Lilienthal, Dr. F. v. Liszt und Dr. J. Goldschmidt, Berlin 1911 nebst Begründung (GE Begr.).

Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (KE). Veröffentl. auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1920.

Protokolle der Strafrechtskommission 1911 bis 1913 (Protokolle).

Entwurf von 1919 (E 19) mit Denkschrift (E 19 Denkschr.).

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1925 (E 25) bezw. (E 25 Begr.).

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums (Reichstagsvorlage). Berlin 1927 (E 27 bezw. E 27 Begr.).

---

[1]) Die Klammern enthalten die Abkürzungen. Autoren, von denen nur ein einziges Werk benützt ist, werden in der Arbeit lediglich nach dem Namen, Zeitschriften und Reihenwerke nach Band bezw. Jahrgang und Seitenzahl zitiert.

Amtliche Zusammenstellung des Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs mit den Beschlüssen des 21. Ausschusses in erster Lesung und den Ergebnissen der deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen (Zusammenstellung).

Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen des Reichstagsausschusses und den deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen (vgl. insbesondere die Beschlüsse des Reichstagsausschusses zweiter Lesung S. 143 ff.). Herausgegeben 1930 als Ergänzung zu Kohlrausch, Strafgesetzbuch (Kohlrausch Zusammenstellung).

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (VDA), besonderer Teil (VDB) Berlin 1905 ff.

B

Kommentare.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg, das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts 4. Aufl. 1929 Leipzig. (LpzKom.)

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl. Tübingen 1929/30; für die §§ 268 ff. StGB ist die 17. Aufl. 1926 beigezogen, da die 4. Lieferung der neuen Auflage noch nicht erschienen ist.

Hufnagel, L. F., Commentar über das Strafgesetzbuch des Königreichs Württemberg III Bd. Stuttgart, 1844.

v. Olshausen, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, neu bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner und Gutjahr 11. Auflage Berlin 1927.

Oppenhoff, Friedrich, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 14. Aufl., herausgegeben v. Dr. H. Delius, 1901.

Schwartz, Ernst, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich mit Kommentar 1914.

C

Handbücher, Lehrbücher und Reihenwerke.

Allfeld, Philipp, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. des v. Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig 1922 nebst Nachtrag zur 8. Aufl. 1928.

v. Bar, Ludwig, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts Stuttgart 1892 (v. Bar Lehrb.).

Berner, Albert Friedrich, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. Auflage Leipzig 1898.

Binding, Karl, Handbuch des deutschen Strafrechts I. Bd. 1885 (Binding HB.).

„ Karl, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil 7. Aufl. 1907.

Binding, Karl, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Leipzig 1902—1905 (Binding Lehrb.).

„ Karl, Die Normen und ihre Uebertretung, 4 Bände: Bd. I 3. Aufl. 1916; Bd. II,1 2. Aufl. 1914; Bd. II2 1916; Bd. III 1. Aufl. 1918; Bd. IV 1. Aufl. 1919/20 (Binding Normen).

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. Tübingen 1928.

Hälschner, Hugo, das gemeine deutsche Strafrecht Bonn 1881/87.

v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht I. Bd. 1925, II. Bd. 1930, Berlin.

v. Holtzendorffs, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen Bde. 1—3 1871/74, Bd. IV 1877 (HH).

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, III. Aufl. Berlin 1914.

„ Walter, Verwaltungsrecht (in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft) 1928.

Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs 5. Aufl. 1. bis 4. Bd. Tübingen 1911/1914.

v. Liszt, Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 25. Aufl. besorgt von Eberhard Schmidt, Berlin und Leipzig 1927.

Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1924, im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begründet von Binding, herausgegeben von Oetker.

Merkel, Adolf, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

v. Mohl, Robert, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1 1855, Erlangen.

Wachenfeld, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

D

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RG.).

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (Rechtspr.).

Archiv für öffentliches Recht, begr. v. Laband (Arch. f. öff. R.).

Archiv des Kriminalrechts, herausgegeben von Klein und Kleinschrod, fortgesetzt v. Konopak, Mittermaier u. a., neue Folge 24 Bde. 1834/1857 (ANF.).

Archiv f. Strafrecht und Strafprozess, begründet v. Goltdammer (GA.).

Das Recht (Recht).

Der Gerichtssaal (GS.).

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (Leipz.Z.).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW.).

E

Monographien und Aufsätze.[1]

v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl 1926 (in strafrechtl. Abhandl. Heft 217).

Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, Berlin 1910 (einschlägiger Abschnitt bearb. v. J. Goldschmidt Bd. II S. 40 ff.) (Reform 1910).

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1926 (einschl. Abschnitt bearb. v. E. Höpler S. 260 ff.) (Reform 1926).

Bader, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Voraussetzung der Strafbarkeit der Widersetzung (113 StGB), Strassburger Dissertation 1914.

v. Bar, Ludwig, Gesetz und Schuld im Strafrecht 3 Bände, Berlin 1906 bis 1909

Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

„ Ernst, Die Lehre vom Tatbestand (Reinhard Frank zum 70. Geburtstag dargebracht), Tübingen 1930.

Beutner, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, Würzburger Dissertation 1916.

Binding, Vier Forderungen an das künftige Reichsstrafgesetzbuch und eine fünfte an die Motive des Entwurfs (GS Bd. 77 S. 1 ff.).

Bolze, Ueber den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 Strafgesetzbuch (GA Bd. 23 S. 389 ff.).

Borchardt, Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die rechtmässige Ausübung der Amtsgewalt im Sinne des § 113 StGB, Greifswalder Dissertation 1903.

Braun, Der Widerstand gegen die Staatsgewalt im Strafgesetzentwurf von 1919, Tübinger Dissertation 1925.

van Calker, Fritz, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, München und Leipzig 1891.

Eberhard, Das Verhältnis des § 113 zum § 117 StGB, Tübinger Dissertation 1897.

Ebermayer, Ludwig, Die Strafrechtsreform, das Ergebnis der Arbeiten der Strafrechtskommission (in „Recht und Staat"), Tübingen 1914.

---

[1]) Soweit es sich um Dissertationen oder um Aufsätze in Zeitschriften oder Reihenwerken handelt, sind hier die Verfasser nur mit dem Geschlechtsnamen zitiert, da dadurch Verwechslungen nicht zu befürchten sind.

Ebermayer, Der Entwurf 1927 eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nach der Fassung des Reichsrats (DJZ 1927 S. 626 ff.).

Flesch, Zur Lehre von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, Tübinger Dissertation 1906.

Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Recht des Deutschen Reichs und der grösseren Gliedstaaten desselben (Arch. f. öff. R. Bd. 1 S. 108 ff., 355 ff. 1886).

Gerber, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums (Arch. f. öff. R., neue Folge 18. Bd. 1930 S. 1 ff.).

Goldschmidt, James, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldigVerhafteten und Bestraften (in Festgabe d. Berliner juristischen Fakultät f. Gierke 3. Bd. 1910) (Rechtsgrund).

Guggenheimer, Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Vergehen des Widerstands gegen die Staatsgewalt, Münchner Dissertation 1883.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens (ZStW Bd. 36 S. 19 ff. und 184 ff.).

v. Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen (ZStW Bd. 42 S. 404 ff.).

Hiller, Karl, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit. Habilitationsschrift Würzburg 1873 (Rechtm.).

„ Karl, Zur Irrtumsfrage beim Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 GS Bd. 27 S. 1 ff.).

Hochheiser, Alfred, Der Beamtenbegriff im deutschen Reichsstrafrecht, Dortmund 1929.

Hofacker, Die persönlichen, sachlichen und örtlichen Grenzen des strafrechtlichen Schutzes beim Forstwiderstand unter besonderer Berücksichtigung der preussischen Landesgesetzgebung, Greifswalder Dissertation 1918.

Holl, Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinn, Erlanger Dissertation 1907.

v. Jagemann, DasVerbrechen derWidersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt (ANF 1842 S. 593 ff.; 1843 S. 49 ff.).

John, Die Verbrechen gegen den Staat (in HH III), insbesondere Widerstand gegen Beamte und Nötigung derselben S. 115 ff.

Kahl, Der deutsche Strafgesetzentwurf v. 1919 (ZStW Bd. 42 S. 205 ff.).

v. Kallina, Emilian, Notwehr gegenüber Amtshandlungen, Prag 1898.

v. Kirchenheim, Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten (GS Bd. 30 S. 172 ff.).

Kleinfeller, Verletzung der Amtspflicht (GS Bd. 92 S. 336 ff.).

„ Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten (VDA I S. 269 ff.).

Levita, Carl, Das Recht der Notwehr, eine strafrechtliche Abhandlung, Giessen 1856.

Mayer, Hellmuth, Das Staatsverbrechen in der Reichstagsvorlage (GS Bd. 98 S. 32 ff.).

„ Hellmuth, Der bindende Befehl im Strafrecht (in Festgabe f. Reinhard Frank, Tübingen 1930 Bd. II S. 598 ff.).

Mayer Max Ernst, Widerstand gegen die Staatsgewalt (VDB I S. 349 ff.).

„ Max Ernst, Der rechtswidrige Befehl (in Festschrift f. Laband 1908).

Mersmann, Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte § 113 (StGB), Kieler Dissertation 1909, auch in strafrechtl. Abhandlung Heft 96).

Mezger, Die Reform des Strafrechts (ZStW Bd. 47 S. 471 ff.).

„ Die subjektiven Unrechtselemente (GS Bd. 89 S. 207 ff.).

Mohrus, Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt im geltenden u. künftigen Strafrecht, Greifswalder Dissertation 1918.

Neumann, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt (GA Bd. 22 S. 216 ff.).

Niedhammer, Der Vorsatz beim Vergehen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt gemäss § 113 StGB, Würzburger Dissertation 1913.

Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht (GS Bd. 93 S. 1 ff.).

„ Notwehr und Notstand (VDA II S. 255 ff.).

Ostberg, Der Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB) nach geltendem Recht und den neuen Strafgesetzentwürfen, Tübinger Dissertation 1930.

Pfeiffer, Beiträge zur Interpretation des § 113 StGB, Marburger Dissertation 1895.

Prinzing, Der Widerstand gegen die ausländische Staatsgewalt, Tübinger Dissertation 1921.

Ramer, Widerstand gegen die Staatsgewalt nach dem Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919, verglichen mit dem geltenden Recht. Erlanger Dissertation 1925.

Reidenbach, Widerstand und Beamtennötigung, Erlanger Dissertation 1913.

Ries, Die Widersetzlichkeit nach § 113 StGB, Würzburger Dissertation 1927.

Rosenberg, Zur Reform des § 59 StGB (ZStW Bd. 23 S. 217 ff.).

Schoetensack, Die Arten der Rechtssätze (GS Bd. 83 S. 1 ff.).

„ Der Versuch und der amtliche Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs (GS Bd. 91 S. 378 ff.).

„ Verbrechensversuch (in Festgabe f. Reinhard Frank, Tübingen 1930 Bd. II S. 55 ff.).

Schultz, Der Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt, Berliner Dissertation 1881.

Schwaderer, Der Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 des Reichsstrafgesetzbuchs mit besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Würzburger Dissertation 1923.

v. Streit, G., Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt (§ 113), Berlin 1892.

v. Weber, Hellmuth, Die Verbrechen gegen den Staat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (in „die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin und Leipzig 1929 Bd. 5 S. 173 ff.).

Zachariae, Ueber die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamte (ANF 1843 S. 344 ff.).

I. Teil

Einleitung.

§ 1.

Ziel und Abgrenzung der Arbeit.

Schon mehr denn zwei Jahrzehnte liegen die ersten praktischen Vorarbeiten zurück, die dem Gedanken einer Reform des deutschen Strafrechts dienten. Der Gedanke selbst, der seine Wurzeln schon im letzten Jahrhundert hat, war zeitgemäss und vollauf begründet. „Die fortschreitende Entwicklung Deutschlands zu einem Industrie- und Handelsstaat, das Hervortreten neuer politischer Auffassungen und insbesondere des sozialen Gedankens haben es mit sich gebracht, dass das Strafgesetzbuch von 1871 in einem Deutschland galt, das von dem Reich z. Zt. seiner Entstehung wesentlich verschieden war.“ [1])

Wissenschaft und Praxis arbeiteten zielbewusst und erfolgreich zusammen, um ein auf der Höhe der Zeit stehendes neues deutsches Strafrecht zu schaffen, als der Weltkrieg hereinbrach und dem Deutschen Reich eine dringendere Aufgabe als die Reform seines Strafrechts stellte. Die Reformarbeiten wurden unterbrochen und als sie wieder aufgenommen wurden, neigte der Krieg für Deutschland schon einem unglücklichen Ende entgegen. Der Bruch mit der Vergangenheit, der sich nach dem verlorenen Kriege vollzog, brachte einen noch weit grösseren Abstand vom Geiste der Geburtsstunde des gel-

[1]) E. 19 Denkschr. S. 5.

tenden Rechts und liess den Wunsch nach Reform noch dringender erscheinen. Die Reformarbeiten wurden auch fortgesetzt und es wurde viel Mühe darauf verwendet, allein das unruhige Hin und Her der politischen Parteien und die stets wechselnden parlamentarischen Einflüsse und Zufälligkeiten der Jetztzeit lassen es fraglich erscheinen, ob das in Angriff genommene und nunmehr schon der Vollendung harrende Allgemeine Deutsche Strafgesetzbuch den Anforderungen genügen wird, die die Denkschrift zum Entwurf [1]) an ein neues Deutsches Strafgesetzbuch stellt: „dass es die Grundlagen des staatlichen Zusammenlebens in einer für die Dauer berechneten Weise klar und übersichtlich ordnet". Unter diesen Umständen ist auch die Frage v. Hippels [2]) nicht unberechtigt, ob die Gegenwart für eine solche Aufgabe reif sei oder ob man sie nicht einer besseren Zukunft überlassen solle.

Man mag diese Frage beantworten wie man will, die Notwendigkeit, an dem Reformwerk weiterzubauen, bleibt bestehen, einmal um das in mühsamer Arbeit bis jetzt Geschaffene nicht wieder verwittern zu lassen, dann aber auch, um stets bereit zu sein, „wenn einmal dem Deutschen Reich die äussere und innere Ruhe beschieden sein wird, das Werk der Strafrechtsreform zu einem glücklichen Ende zu führen".[3])

Wie schon die Einleitung zum Vorentwurf [4]) zum Ausdruck brachte, sollte das Reformwerk „in strenger Anknüpfung an das historisch Gewordene" durchgeführt werden. Diesem Grundsatz sind auch die späteren Entwürfe treu geblieben und so erscheint es als eine reizvolle Aufgabe, geschlossene Einzelmaterien auf ihrem Entwicklungsgange durch die Entwürfe bis zum neuesten Stand der Reformarbeiten zu verfolgen.

Die vorliegende Arbeit widmet sich dem „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Aus dieser Materie des 6. Abschnitts des besonderen Teils des geltenden Strafgesetzbuchs haben sich in Wissenschaft und Praxis eine Reihe wichtiger und interessanter Kontroversen herausgebildet, deren zufriedenstel-

---

[1]) E. 19 S. 9.
[2]) Strafr. II S. 11.
[3]) E. 19 Denkschr. S. 7
[4]) S. IX.

lende Lösung als eine der Hauptaufgaben der Reform dieses Abschnitts erscheint. Die Frage zu beantworten, ob und wie die Reformarbeiten diese Hauptaufgaben erfüllt haben, möge das Hauptziel vorliegender Arbeit sein.

Um nun aber die einzelnen Probleme des geltenden Rechts und die Stellung der Entwürfe zu ihnen nicht auseinanderreissen zu müssen, wurde auf eine getrennte Behandlung der Gesamtmaterie „Widerstand gegen die Staatsgewalt" im geltenden Recht und den Entwürfen verzichtet und jeweils im Anschluss an die Behandlung der Einzelfragen des geltenden Rechts die Stellungsnahme der Entwürfe zu ihnen zur Darstellung gebracht.

Unter „Widerstand gegen die Staatsgewalt" im eigentlichen Sinn wird im allgemeinen nur der Tatbestand des § 113 StGB verstanden und behandelt, trotzdem das StGB seinen ganzen 6. Abschnitt unter diese Ueberschrift gestellt hat. Auch in vorliegender Arbeit sollen von den Tatbeständen des 6. Abschnitts unberücksichtigt bleiben einmal die, die nur als psychologische Vorbereitung einer für Widerstandshandlungen besonders gedeihlichen und daher staatsgefährlichen Atmosphäre zu betrachten sind (§§ 110—112), dann aber auch die, die durch das Zusammenwirken mehrerer als besonders gefährlich für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und teils als qualifizierte Widerstandsdelikte erscheinen (§§ 115 und 116), desgleichen die Sondermaterie „Gefangenenbefreiung" (§§ 120—122).

Das Hauptinteresse gilt auch in dieser Arbeit dem Tatbestand des § 113 StGB und seinen Entsprechungen in den Entwürfen. Es sollen jedoch innerhalb des Systems vorliegender Arbeit auch die §§ 114, 117—119 StGB insoweit Berücksichtigung finden, als dies notwendig erscheint, um eine Beurteilung vor allem d e r Entwürfe zu ermöglichen, die die Tatbestände der §§ 113, 114 und 117—119 des geltenden Rechts in einem gemeinsamen Paragraphen zusammenfassen.

§ 2.

Die staatsrechtliche Fundierung der Strafbestimmungen über den Widerstand gegen die Staatsgewalt.

Staat und Volk sind nach der modernen Staatsauffassung

organische Gebilde, „insofern sie eine durch einen eigenen Lebenszweck bestimmte und bewusst gelebte Einheit in der Mannigfaltigkeit einer begrenzten Zahl von Personen darstellen und verwirklichen".[1])

Dieser eigene Lebenszweck, den die Präambel der Weimarer Reichsverfassung dahin bestimmt: „dem inneren und äusseren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern", schliesst die im Staatsvolk zusammengefassten Einzelpersönlichkeiten zu einer Zweckgemeinschaft zusammen. Diese Zweckgemeinschaft verlangt notwendig das Dasein mindestens eines bevorzugten Willensträgers, der zur gemeinnützigen Tätigkeit berufen ist, und der die Interessen der Gemeinschaft als einem Gebilde höherer Ordnung gegenüber den möglicherweise entgegenstrebenden Interessen des Einzelnen bestimmt und nötigenfalls im Wege des Zwangs behauptet (Staatsgewalt).

Den Willen der Gesamtheit gegenüber dem des Einzelnen durchzusetzen, ist nicht nur ein Recht der Staatsgewalt, sondern eine ihr im Interesse der Selbsterhaltung obliegende Pflicht, und deshalb kann kein Staatswesen, wie immer es auch geordnet sein mag, darauf verzichten. Aus diesem Grunde ist auch „die Notwendigkeit, Auflehnungen gegen die Staatsgewalt mit Strafe zu bedrohen, von der Neuordnung der staatlichen Verhältnisse in Deutschland unberührt geblieben".[2])

Da nun aber der Staat als solcher weder Willen zu bilden, noch diesen zur Durchführung zu bringen imstande ist, bedient er sich zur Erreichung seiner Zwecke bestimmter Organe, die diese Fähigkeiten von Natur besitzen, insbesondere der Beamten. Die Beamtentätigkeit hat somit Organcharakter.[3]) „Der Beamte als Organ stellt den Staat dar, aber nur innerhalb einer gewissen Zuständigkeit".[4]) Soweit der Beamte nun innerhalb der ihm vom Gesetz gezogenen Schranken als Organ des Staates tätig wird, identifiziert sich sein Wille mit dem des Staates selbst. Insoweit und nur insoweit

---

[1]) Gerber S. 29/30.
[2]) E. 19 Denkschr. S. 149.
[3]) Gerber S. 61.
[4]) Jellinek G., Allgem. Staatslehre S. 560.

ist es Pflicht des Staates, seinen Beamten strafrechtlichen Schutz und seinen eigenen Anordnungen Nachdruck zu verleihen.[1]) Dies tut er eben durch die Strafbestimmungen über den Widerstand gegen die Staatsgewalt. Diese Bestimmungen enthalten einerseits eine Lehre für den Bürger darüber, inwieweit er sich dem Willen der Staatsorgane unterzuordnen hat, andererseits aber auch eine Drohung an den Bürger für den Fall, dass er die ihm vom Gesetz auferlegte Unterordnungspflicht missachtet. Es tritt uns also auch in diesen Strafbestimmungen „das Recht in seiner doppelten Funktion als Lehre und Macht“ [2]) entgegen.

---

[1]) E. 19 Denkschr. S. 150.
[2]) Schoetensack, Arten der Rechtssätze GS 83 S. 25.

II. Teil.

Vergleich des geltenden Rechts mit den Entwürfen.

I. Abschnitt.

Der objektive Tatbestand.

A) Die geschützten Rechtssubjekte.

a) im geltenden Recht.

§ 3.

Die Beamten überhaupt und die Behörden.

In allen in dieser Arbeit zu behandelnden Tatbeständen begegnen wir dem Begriff des „Beamten"; ein Blick in die Literatur und Rechtsprechung zeigt uns aber, dass die Ansichten darüber, was unter dem Begriff zu verstehen sei, weit auseinandergehen.

Der § 359 StGB enthält zwar eine Legaldefinition des „Beamten", allein schon hier ist insbesondere von Pfeiffer [1]) bezweifelt worden, ob diese Begriffsbestimmung den Anspruch allgemeiner Verwendbarkeit auch nur im Gebiet des geltenden Strafgesetzbuchs erheben könne, ob nicht vielmehr diese Legaldefinition nur für den 28. Abschnitt des StGB, in dem sie ihren Platz gefunden hat, Geltung habe. Pfeiffer, der den klaren Wortlaut des Gesetzes „Beamter im Sinn dieses Strafgesetzes ...." vollkommen unberücksichtigt lässt, schliesst aus § 174 Ziff. 3 StGB, wo von „Beamten, Aerzten oder anderen Medizinalpersonen, welche ... beschäftigt oder angestellt sind", die Rede sei, dass die Definition des § 359 StGB eben zu eng gefasst nicht ausreiche und daher im übrigen Gebiete des Strafgesetzbuchs einem erweiterten Beamtenbegriff

[1]) Beitr. S. 12—13.

Platz zu machen habe. Demgegenüber weist Eberhard [1]) mit Recht darauf hin, dass die behauptete Unvollständigkeit der Begriffsbestimmung eben nur auf den § 174 Ziff. 3 zutreffe und dass das Gesetz hier durch besondere Bestimmung nur eine Lücke ausgefüllt habe, § 359 StGB jedoch stets Platz greifen müsse, falls nicht im Einzelfall Gründe für das Gegenteil sprächen, was aber beim 6. Abschnitt nicht zutreffe. Die Ansicht Pfeiffers hat indessen auch keinen Anklang gefunden und man kann es als herrschende Ansicht bezeichnen, dass die Vorschrift des § 359 für das ganze Strafgesetzbuch Geltung habe.[2])

Allein auch nach Anerkennung der Allgemeingültigkeit der in § 359 StGB enthaltenen Legaldefinition geht der Streit um den Beamtenbegriff weiter. Es stehen sich heute im wesentlichen noch 2 Ansichten unvermittelt gegenüber: die eine, die den strafrechtlichen Beamtenbegriff mit dem verwaltungsrechtlichen identifiziert, die andere, die für den strafrechtlichen Beamtenbegriff Unabhängigkeit vom verwaltungsrechtlichen verlangt und jenen weiter fasst als diesen.

Vertreter der ersteren Ansicht sind vor allem Binding,[3]) v. Liszt [4]) und Frank [5]), die in der staalichen Anstellung, also im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, das Wesenselement des Beamtenbegriffs erblicken und daher alle diejenigen ausscheiden, die zum Staat nur in einem privatrechtlichen Verhältnis stehen, auch wenn sie mit öffentlich-rechtlichen Funktionen betraut sind. Binding [6]) sagt kurz und treffend: „die Anstellung im Dienste des Reichs oder eines Gliedstaats macht den Beamten". Die Natur des Amtes, d. i. der Geschäftskreis, wofür der Beamte berufen wird, ist völlig gleichgültig;[7])

---

[1]) S. 21 ff.
[2]) So Lpz. Kom. zu § 359, 1, Olshausen zu § 114, 1, Frank § 359 I (17. Aufl. 1926), ME Mayer VDB I S. 435 und 464, auch von Liszt-Schm. 25. Aufl. S. 789 entgegen der früher von ihm vertretenen Auffassung; RG 29, 18.
[3]) Lehrb. II, 2 S. 383—385.
[4]) Lehrb. S. 817 N. 2
[5]) § 359, II (17. Aufl.).
[6]) Lehrb. II S. 383.
[7]) Laband, I S. 435 ff.

das Amt kann obrigkeitlicher, wissenschaftlicher, technischer oder rein mechanischer Art sein.

Die zweite Ansicht vertritt vor allem in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht [1]) und die Mehrheit der Schriftsteller,[2]) sodass man sie wohl als die herrschende bezeichnen kann. Nach ihr ist das Ausschlaggebende, dass der Beamte berufen sei, Funktionen öffentlich-rechtlicher Art wahrzunehmen, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke unmittelbar oder mittelbar dienen. In dieser Definition [3]) liegt eine Erweiterung des Beamtenbegriffs über den Kreis der „Staatsangestellten" hinaus. Die Ausdehnung erfolgt also auch auf diejenigen Personen, die zwar nicht als Beamte im verwaltungsrechtlichen Sinn anzusehen sind, deren Tätigkeit aber in der Leistung von Diensten und Verrichtungen öffentlich-rechtlicher Natur bestehen.

Der Wortlaut des § 359 spricht eher gegen als für die herrschende Lehre, denn unter der grossen Zahl der ausdrücklich als unwesentliche Modalitäten benannten Nebenerscheinungen der möglichen Beamtenverhältnisse bleibt die „Anstellung" als einziges Fixum der fluktuierenden Definition übrig, sodass man es wohl mit Recht als das wesentliche Kriterium für die Beamteneigenschaft fassen darf.

Eine nicht unbedenkliche Folge der herrschenden Meinung zeigt sich darin, dass der Grenzstrich, den das Gesetz z. B. in § 355 StGB ausdrücklich zieht,[4]) durch Unterscheidung von Beamten und unbeamteten Amtsträgern, verwischt wird. Es ist eben eine Eigentümlichkeit nicht nur des Strafgesetzbuchs, sondern unseres ganzen Verwaltungssystems, dass sich die Begriffe „Amt" und „Beamter" nicht decken. „Massenhaft sondert sich das öffentliche Amt vom Beamten. Der Staat betraut auch Private mit öffentlichen Funktionen und ist nicht ungehalten, wenn diesen im entscheidenden

---

[1]) RG 60, 139; 57, 126 und 366; 56, 367; 55, 28 sind die neuesten Entscheidungen.

[2]) Allfeld, Lehrb. S. 603—604, Lpz. Komm. § 359, 1, Olshausen § 359, 2; Holl S. 13 ff. Wachenfeld LB S. 590—592.

[3]) RG 60, 140/141.

[4]) Der übrigens auch bei einem Vergleich der §§ 31 II und 359 StGB deutlich in Erscheinung tritt.

Augenblick der den beamteten geschuldete Respekt gewährt wird oder sie ihn fordern." [1]) In diesem Gedanken ist die tiefe und kraftspendende Wurzel für die Zähigkeit der herrschenden Meinung zu sehen. Es erscheint kriminalpolitisch betrachtet wünschenswert, auch dem im Interesse des Ganzen tätigen nichtbeamteten Amtsträger den Schutz des Gesetzes in gleichem Masse zuteil werden zu lassen wie dem Beamten. Dies darf jedoch, wie ME Mayer [2]) zutreffend bemerkt, nicht dadurch geschehen, dass man den Kreis der Beamten weiterzieht als es § 359 StGB erlaubt, dies hiesse, um mit Binding [3]) zu reden, das Verbot der Anwendung von Analogie eklatant missachten; de lege ferenda mag es sich empfehlen, unbeamtete Amtsträger den beamteten hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes gleich zu behandeln.

Zusammenfassend kommen wir zu dem Schluss: „Beamter ist, wer auf Grund staatlicher Anstellung in öffentlich-rechtlichem Dienstverhältnis als Organ der Staatsgewalt (mithin unter staatlicher Autorität) für Staatszwecke tätig zu sein berufen ist".[4]) Der Umkehrschluss, den das Reichsgericht [5]) zieht, es sei aus der Tatsache, dass jemand hoheitsrechtliche Funktionen auszuüben hat, auf seine Beamteneigenschaft zu schliessen, wobei eine stillschweigende Anstellung fingiert wird, ist nur eine Umgehung des klaren Wortlauts des Gesetzes.

Ob man nun die Anstellung mit Laband [6]) als vertragsmässige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses oder mit Fleiner [7]) als einen einseitigen Staatsakt fassen muss, kann hier unerörtert bleiben, sicher ist, dass sie geschehen muss im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaates (bezw. Landes) und dass sie nicht erfolgen kann durch Privatanstellung, auch wenn der Privatbedienstete öffentlich-rechtliche Funktionen wahrzunehmen hat. Das ergibt sich als

---

[1]) Binding Lehrb. II S. 382.
[2]) VDB I S. 435 N. 2.
[3]) Lehrb. II S. 382.
[4]) So v. Liszt-Schm. Lehrb. S. 817.
[5]) RG 55, 28; 56, 366.
[6]) Staatsrecht §§ 44 und 45, insbesondere S. 449.
[7]) Institutionen S. 192.

notwendige Konsequenz aus dem von uns oben vertretenen Standpunkt.

Die Anstellung kann im unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdienst erfolgen. § 359 StGB unterscheidet zwar nur unmittelbaren und mittelbaren S t a a t s dienst, allein auch im Reichsdienst besteht dieser Unterschied; dass das Gesetz diese Unterscheidung nicht auch für den Reichsdienst wählte, ist rein historisch zu erklären.[1]) Während nun der unmittelbare Staatsbeamte in ein unmittelbares Dienstverhältnis zum Staat tritt, tritt der mittelbare Staatsbeamte in unmittelbare Dienstgewalt zu einem andern Rechtssubjekt, das aber seinerseits nach heutiger Staatsauffassung Träger abgeleiteter Staatsgewalt (wie z. B. die politischen Gemeinden und andere Kommunalverbände) sein muss.[2])

Auf die zum Teil sehr umstrittenen Fragen, ob nun in concreto dieser oder jener Amtsträger Beamter sei oder nicht, muss im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Es sei hier nur auf die von Rosenberg[3]) aufgeführte umfangreiche Rechtsprechung hingewiesen, ohne jedoch damit zum Ausdruck zu bringen, dass wir uns mit dem Ergebnis dieser Entscheidungen von unserem oben präzisierten Standpunkt aus einverstanden erklären wollten.

Neben den Beamten stellt § 114 StGB die Behörde, die des gleichen Schutzes zu teil werden solle wie der Beamte. Allein auch der Begriff „Behörde" ist nicht unzweifelhaft und unbestritten. Das Strafgesetzbuch selbst gibt keine Definition.[4]) Wir werden daher vom Begriff des Staatsrechts auszugehen haben. Nach Laband[5]) bedeutet der Begriff „Behörde" nicht eine Person (Beamten), sondern eine Institution; aber im Gegensatz zum Amt nicht einen Kreis von Geschäften, sondern das idelle Subjekt derjenigen Rechte und Pflichten, welche mit Führung der zu einem Amt vereinigten Geschäfte ver-

---

[1]) Lpz. Kom. § 359, 4; RG 41, 326 ff.
[2]) Binding Lehrb. II S. 392.
[3]) Lpz. Kom. § 359, 6—8.
[4]) Ob man das mit ME Mayer (VDB I S. 464) als einen Mangel bezeichnen kann, dazu soll erst bei Darstellung der Entwürfe Stellung genommen werden.
[5]) Staatsrecht I S. 365.

knüpft sind. Das Reichsgericht[1]) betont noch insbesondere neben dem Erfordernis der Einfügung der Behörde als organischer Bestandteil in den allgemeinen Behördenorganismus, dass diese Einfügung derart sein müsse, dass der Bestand der Amtsstelle unabhängig ist von der Existenz, dem Wegfall und dem Wechsel des Amtsträgers oder der physischen Person, welcher die Besorgung der in den Kreis des Amtes fallenden Geschäfte anvertraut ist. Schon aus dieser letzten Definition des Reichsgerichts ergibt sich klar, dass sich die Behörde repräsentieren kann in einem Kollegium wie auch in einer Einzelperson; „entscheidend für das Wesen der Behörde ist deren organisatorische Einheit.[2]) Dass die Behörde als ständiges und selbständiges Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein hat, dieses Tätigwerden jedoch nicht gerade in Ausübung von Herrschaftsrechten bestehen muss, hat das Reichsgericht dadurch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es der Reichsdruckerei Behördenqualität zuerkannte.[3]) Auch im Schrifttum ist man sich im allgemeinen darüber einig, dass die Ausübung von Herrschaftsrechten nicht zum Begriff „Behörde" gehöre.[4])

Wenn nun eine Behörde eine Institution ist, unabhängig von den Personen, die ihre Geschäfte besorgen, so kann streng genommen die „Behörde" als solche gar nicht genötigt werden. Wenn das Gesetz in § 114 trotzdem davon spricht, so personifiziert es die Institution. Diese Personifikation der Behörde ist als reine juristische Hilfsvorstellung zu begrüssen, da in ihr zum Ausdruck kommt, dass die Nötigung sich richten muss gegen die die Behörde jeweils repräsentierenden Personen und eben durch diese Personifikation der Behörde die Strafbestimmung des § 114 StGB auch dem gewöhnlichen Volke verständlich und erfassbar ist, das an abstraktes Denken nicht gewöhnt.

---

[1]) RG 18, 246.
[2]) Jellinek, Verw.-Recht S. 347.
[3]) RG 19, 264.
[4]) Vgl. Frank § 114, II; Binding Lehrb. II S. 754, Olshausen § 114, 1; Jellinek Verw.-R a. a. O. **a. M.:** Otto Mayer Verw.-R I S. 93 ff. Fleiner Verw.-R S. 92 N. 2.

§ 4.

Die Vollstreckungsbeamten und die in § 113 Abs. 3 StGB. geschützten Personen und Personenverbände.

Nirgends und nie ist die Gefahr, dass dem als Organ des Staates tätigen Beamten Widerstand und Gewalt entgegengesetzt werden, grösser als da, wo der Beamte gezwungen ist, den Willen des Staates auch entgegen dem Willen und den Interessen des Einzelnen zur Durchführung zu bringen. In diesem besonders gefährlichen Vollstreckungsstadium bedarf der Beamte erhöhten Schutzes. Während nun der § 114 StGB die Beamten und Behörden generell vor Nötigungen schützt, gilt der erweiterte Schutz des § 113 StGB nur den sogenannten „Vollstreckungsbeamten". Dieser Ausdruck, dessen sich das Strafgesetzbuch nicht bedient, hat sich aus Zweckmässigkeitsgründen eingebürgert, um in Kürze die 3 Kategorien von Beamten zu kennzeichnen, denen der Schutz des § 113 StGB gelten soll: „Beamte, welche zur Vollstreckung von Gesetzen, Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen" sind. So klar diese Formulierung auf den ersten Blick auch erscheinen mag, die Frage, was unter „Vollstreckung" zu verstehen sei, fand verschiedene Beantwortung.

„Dass Vollstreckung nicht gleichbedeutend ist mit „Vollzug", leuchtet ein, denn der ganze Behördenorganismus vollzieht das Gesetz: alle Amtsakte wären dann Vollstreckungsakte." Diesem Satz Bindings [1]) ist vollauf beizupflichten. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung [2]) ausgeführt: „unter Vollstreckung lässt sich nur die durch den Beamten ausgeführte zwangsweise Verwirklichung des vom Staat nach Umfang und Inhalt durch dessen zuständige Organe genau festgestellten und kundgegebenen Willens verstehen". Diese Definition drängt die Frage auf, ob es für den Vollstreckungsakt wesentlich sei, dass ihn Zwang begleite. Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts, der sich v. Streit [3]) und Niedhammer [4])

[1]) Lehrb. II S. 761.
[2]) RG 14, 260.
[3]) S. 61 und 62.
[4]) S. 20.

anschlossen, wird diese Frage allgemein verneint; es muss zwar anerkannt werden, dass die Möglichkeit des Zwangs als ultimum refugium hinter jedem Vollstreckungsakt stehen muss, es wäre ja sonst die Durchführung des staatlichen Willens vom guten Willen des Bürgers abhängig und dann keine Vollstreckung mehr, sondern höchstens Gehorsam, allein dass der Vollstreckungsakt mit Mitteln des Zwangs zur Durchführung gebracht werde, kann nicht Wesenselement sein. Mit Recht weist Olshausen [1]) darauf hin, dass ein auf Einziehung gegen N. N. lautendes Urteil, das also nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet sei, ebenfalls der Vollstreckung unterliege, trotzdem Zwang in diesem Fall gar nicht in Aussicht genommen sei; in diesem Falle wird ein Zwangsrecht erst ausgelöst bei Widerstandsleisten gegen die Vollstreckung. Dieses Zwangsrecht ist aber dann kein Notwehrrecht, sondern ein Recht zur zwangsweisen Durchsetzung des Staatswillens.[2]) Das entscheidende Kriterium ist somit, gleichgültig ob man der soeben genannten Formulierung Bindings oder der Berners [3]): „zur Vollstreckung heisst zur Ausführung, welche sich zum Zwang gestalten darf", den Vorzug geben will, mit ME Mayer [4]) darin zu sehen, dass es zur zwangsweisen Durchführung des Staatswillens kommen kann. Die Vollstreckung ist somit nur eine species der Ausführung.[5])

Vollstreckungsbeamter ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur der Beamte, der zur Vollstreckung berufen ist. Es ist eine lediglich in der Natur des einzelnen Amtes liegende Verschiedenheit, dass den einen Beamten ausschliesslich oder doch wesentlich, den andern dagegen nur ausnahmsweise Vollstreckungshandlungen obliegen. Ein vernünftiger Grund, warum letztere durch § 113 StGB nicht geschützt sein sollten, ist nicht erfindlich. Es ist daher mit Binding [6]) festzustellen, dass sich § 113 eben nicht auf bestimmte Gruppen von Beamten, sondern auf alle Vollstreckungshandlungen der ganzen

---

[1]) § 113, 3.
[2]) Binding, Lehrb. II S. 762.
[3]) S. 389.
[4]) VDB I S. 435 N. 4.
[5]) Berner S. 390 N. 2.
[6]) Lehrb. II S. 762 vgl. auch Kirchenheim S. 187 und RG 15, 229.

Beamtenschaft beziehe und dass es, wie Olshausen[1]) in Uebereinstimmung mit den dort Zitierten ausführt, genügt, dass der Beamte in dem konkreten Fall, wo ihm Widerstand geleistet wurde, durch sein Amt zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen und auf Grund dieser Berufung in der Amtsübung begriffen war. Zur Vollstreckung berufen ist auch der, der durch gültigen Auftrag seines Vorgesetzten im Einzelfall zu derartigen Vollstreckungen berufen wird.[2]) Die Berufung zur Vollstreckung im Einzelfall beruht also bald auf Gesetz, bald auf publizistischem Rechtsgeschäft, das den Beamten entweder ermächtigt oder verpflichtet.

Die Vollstreckung muss notwendig ein bestimmtes Objekt haben, gegen das sie sich richtet. Nach heute allgemein herrschender Ansicht[3]) kann sich die Vollstreckung sowohl gegen eine Person als auch gegen eine Sache richten. Vollstreckung setzt daher Konkretisierung des in dem abstrakten Gesetz nur allgemein gefassten Staatswillens auf den einzelnen Fall voraus, sodass die Konkretisierung selbst und deren Vorbereitung nicht Vollstreckung ist[4]) und daher der Beamte, wenn und solange er konkretisiert, den Schutz des § 113 StGB nicht geniesst.

Die Konkretisierung kann nun, wie schon die Fassung des § 113 StGB zeigt, durch die verschiedensten Stellen innerhalb des staatlichen Aemter- und Behördenorganismus erfolgen. Insofern interessieren uns die in § 113 genannten 3 Gruppen. Die Konkretisierung erfolgt oft durch Anordnung einer Verwaltungsbehörde oder in einem Urteil oder einer Verfügung der Gerichte. In diesen Fällen treten anordnende und ausführende Stelle immer scharf auseinander. Das Gesetz redet aber auch, und zwar an erster Stelle, von „Vollstreckung von Gesetzen"; da diese aber, wie oben gezeigt, ohne Konkretisierung der abstrakten Gesetzesbestimmung nicht möglich,

---

[1]) § 113, 4.
[2]) Binding Lehrb. II S. 760.
[3]) Vgl. Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 1; Olshausen § 113, 3; ME Mayer VDB I S. 436; Frank § 113, I.
[4]) Frank § 113, I und RG 14, 259.

so kann das Gesetz hier nur solche Fälle im Auge haben, in denen der vollstreckende Beamte zugleich auch die Konkretisierung des Gesetzes vorzunehmen hat. Unter dieser Kategorie von Beamten, die diese beiden Funktionen in sich vereinigen, stehen an erster Stelle die Polizeibeamten in Ausübung des öffentlichen Sicherheitsdienstes.[1]) Man wird diese Gruppe von Vollstreckungshandlungen mit Binding[2]) zutreffend als direkte Gesetzesvollstreckung im Gegensatz zu der oben erwähnten Gruppe der indirekten Gesetzesvollstreckung bezeichnen können. Die Identität der den Willen aussprechenden und der ihn erzwingenden Beamten steht somit dem Begriff der Vollstreckung nicht entgegen.

Da es sich nun in allen drei im Gesetz aufgeführten Gruppen von Vollstreckung letzten Endes um Vollstreckung des Gesetzes handelt, — denn auch die Verwaltungsbehörden und Gerichte stehen unter dem Gesetz — so wurde von v. Streit[3]) die Ansicht vertreten, dass die in § 113 erfolgte Unterscheidung zwecklos sei und die zweite und dritte Gruppe nur dem umfassenden Ausdruck „Vollstreckung der Gesetze" gewissermassen als Beispiele hinzugesetzt wären. Dem ist mit Niedhammer[4]) nicht beizutreten. Einmal erscheint oben entwickelte Verschiedenheit Grund genug zu sein, mindestens die Fälle direkter und indirekter Gesetzesvollstreckung nebeneinander zu erwähnen, um Zweifel für die Auslegung der Gesetzesbestimmung von vornherein auszuscheiden. Aber auch die Unterscheidung von Anordnungen und Befehlen der Verwaltungsbehörden, sowie von Urteilen und Verfügungen der Gerichte, also innerhalb der Fälle indirekter Gesetzesvollstreckung, hat ihren guten Grund. Die Aufzählung, die in ihrer Dreiteilung die drei Gebiete der Staatstätigkeit, Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung namhaft macht, ergibt, dass es belanglos ist, welchen Inhalt und welche Form der zu vollstreckende Staatswille hat, die Vollstreckung eines jeglichen Staatswillens wird geschützt.[5]) Aus diesem Grunde kann auch

[1]) Niedhammer S. 21 und dort Zitierte; Rechtspr. 2, 288.
[2]) Lehrb. II S. 764.
[3]) S. 65.
[4]) S. 21.
[5]) ME Mayer VDB I S. 435.

bei Behandlung des § 113 StGB, wie ME Mayer [1]) zutreffend bemerkt, auf eine eingehende Darstellung der einzelnen Erscheinungformen des staatlichen Willens: Gesetz, Befehl, Anordnung, Urteil und Verfügung, somit auch im Rahmen dieser Arbeit, verzichtet werden.

Neben den eigentlichen Vollstreckungsbeamten soll jedoch auch den in § 113 Abs. 3 benannten Personen und Personenverbänden derselbe strafrechtliche Schutz zuteil werden. Absatz 3 nennt drei Kategorien:

1) Die zur Unterstützung des Vollstreckungsbeamten zugezogenen Personen. Wer hierunter zu verstehen sei, ist nahezu unbestritten. Mit Recht wird von der herrschenden Meinung [2]) das Hauptgewicht auf die „Zuziehung" der Person, (die zufällig auch Beamter sein kann), gelegt und der Schutz des § 113 den Personen versagt, die sich rein faktisch zur Unterstützung des Beamten eingemischt haben. Es wird jedoch Ebermayer [3]) insoweit zuzustimmen sein, dass als zugezogen auch die Personen gelten, die den Beamten in dessen stillschweigendem Einverständnis unterstützen. Gleichgültig ist, wer die Zuziehung vorgenommen hat, der Beamte selbst oder die ihm vorgesetzte Behörde. Im Begriff der Zuziehung und noch mehr dem der Unterstützung liegt aber unverkennbar der Gedanke, dass der Beamte selbst ebenfalls irgendwie in Funktion zu treten hat. Mit Recht hat daher das Reichsgericht [4]) Personen, denen der Beamte die selbständige Vornahme einer Amtshandlung (z. B. Gefangenentransport) übertragen hat, den Schutz des § 113 versagt.

2) Die Mannschaften der bewaffneten Macht. Dieser Ausdruck bestimmte sich nach dem bei Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs geltenden Wehrgesetz vom 9. 11. 1867. Nachdem dieses Gesetz durch den Umsturz und die Folgen des Versailler Diktats ausser Wirksamkeit getreten,

---

[1]) a. a. O.
[2]) Olshausen § 113, 8; Frank § 113, V, 2; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 4a; Binding Lehrb. II S. 782; Hälschner II S. 804; ME Mayer VDB I S. 436.
[3]) Lpz. Kom. § 113, 4 a, ebenso Binding a. a. O.
[4]) RG 32, 246.

ist es erforderlich, den Kreis der Personen zu bestimmen, die unter Zugrundlegung der Neuordnung im heutigen Staat an die Stelle der Mannschaften der bewaffneten Macht im alten Reiche getreten sind. Naturgemäss und unbestritten fallen darunter die Soldaten der Reichswehr und der Reichsmarine im Sinn des § 1 des neuen Wehrgesetzes vom 23. 3. 1921. Es erscheint jedoch wünschenswert, auch Truppenbildungen, deren Aufstellung nach anderen Grundsätzen erfolgt ist als denen des Wehrgesetzes, heute unter den dem alten Reich entstammenden Begriff „Mannschaften der bewaffneten Macht" unterzuordnen, zumal wenn solche als Ergänzung und Stärkung der bedauerlich dünnen Reihen der uns nach dem Versailler Diktat noch gestatteten Reichswehr dienen. Es hat sich denn auch das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung verschiedentlich[1]) zu einer weitherzigen Auslegung des geltenden Gesetzes bekannt.

3) Die Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr. Dass hierunter organisierte Vereinigungen mit einer mehr oder weniger militärischen Organisation zu verstehen sind, die mit obrigkeitlicher Genehmigung zum Schutze öffentlicher Interessen errichtet worden, ergibt sich wie Olshausen[2]) treffend bemerkt, schon aus der Verwendung der jedem klaren Ausdrücke „Wehr" und „Mannschaften". Aus der Herkunft dieser Gesetzesbestimmung, die ihre letzte Wurzel, wie Olshausen[3]) dartut, in der früheren Fassung des Art. 105 Pr. V. v. 31. 1. 1850 hat, wird gefolgert, dass hier nur an solche Wehren zu denken ist, die der „Aufrechterhaltung der Ordnung" zu dienen bestimmt sind. Dieser Einschränkung ist die herrschende Meinung mit Recht beigetreten und aus diesem Grunde werden auch allgemein[4]) die freiwilligen Feuerwehren, denen andersgeartete Aufgaben obliegen, nicht unter den Kreis der durch § 113 StGB geschützten

[1]) RG 53, 65; 54, 06; 54, 310.
[2]) Olshausen § 113, 10.
[3]) a. a. O.
[4]) Vgl. Ebermayer § 113, 4c; Olshausen a. a. O.; ME Mayer VDB I S. 437; Frank § 113 V, 3 Binding Lehrb. II S. 783.

Wehren eingereiht, ohne dass ihnen jedoch dadurch die Möglichkeit, als „zugezogene" dennoch des Schutzes des § 113 StGB zu teil zu werden, genommen wäre.

Während es bei der Gruppe der zugezogenen Personen unbestritten ist, dass die Unterstützung soweit und nur insoweit geschützt ist, als sie zur rechtmässigen Durchführung der amtlichen Aufgabe des Vollstreckungsbeamten geleistet wird,[1]) ist es bei den beiden unter 2) und 3) genannten Gruppen strittig, ob sie „in Ausübung des Dienstes", d. h. im Tätigwerden in ihrer Eigenschaft als Glieder der sie umfassenden Organisation eben gerade eine Vollstreckungshandlung vornehmen müssen, um den besonderen Schutz des § 113 zu geniessen, oder ob sie in Ausübung des Dienstes schlechthin geschützt sein sollen. Frank,[2]) das Reichsgericht[3]) sowie Ebermayer[4]) sprechen sich in letzterem Sinne aus. Der von ME Mayer[5]) gegen diese Ansicht erhobene Einwand, dass für einen solch erweiterten Schutz der beiden letztgenannten Gruppen gar kein Bedürfnis vorhanden sei, der § 113 StGB zudem in seinem ganzen Umfang offensichtlich nur den Schutz der besonders gefährdeten, mit Vollstreckungshandlungen betrauten Personen im Auge habe, scheint uns in vollem Umfang begründet und gibt uns das Recht, im Wege systematischer Interpretation den mangelhaften Wortlaut des Gesetzes in dem ihm selbst innewohnenden Sinn zu ergänzen und der erstgenannten Alternative beizutreten, die insbesondere auch von Binding,[6]) von v. Streit[7]) und anderen[8]) entgegen der heute wohl herrschenden Meinung vertreten wird. In diesem Zusammenhang bedarf es noch einer kurzen Ergänzung des Wortlauts des Gesetzes, da es bei den in § 113 Abs. 3 genannten Personenverbänden auffallend nur von „Ausübung des Dienstes" redet, ohne das Erfordernis der „Rechtmässigkeit" besonders

---

[1]) Binding Lehrb. II S. 782.
[2]) § 113 V, 3.
[3]) RG 13, 105.
[4]) Lpz. Kom. § 113, 9.
[5]) VDB I S. 437.
[6]) Lehrb. II S. 782.
[7]) S. 113.
[8]) Pfeiffer S. 32; John HH 3, S. 117; Ostberg S. 11.

zu betonen. Man ist sich indes allgemein einig,[1]) dass dieser Mangel nur auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen ist und das Gesetz stillschweigend entsprechend zu ergänzen sei. Ein innerer Grund für die Verschiedenheit ist auch nirgends ersichtlich.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, dass in einer Reihe von Sondergesetzen der Schutz des § 113 StGB ausdrücklich auch andern Personen zugebilligt wird, die ähnlich dem Vollstreckungsbeamten in Verfolg ihrer Aufgaben in erhöhtem Masse der Gefahr des Widerstandes ausgesetzt sind. Im Rahmen dieser Arbeit müssen wir es jedoch bei diesem kurzen Ausblick bewenden lassen und uns mit einem Hinweis auf die Zusammenstellung der in Frage kommenden Gesetze bei Ebermayer[2]) begnügen.

§ 5.

Die Forst- nnd Jagdbeamten und die ihnen in § 117 gleichgestellten Privatpersonen.

Die Bestimmung des § 117 StGB, die dem preussischen Gesetz vom 31. 3. 1837 nachgebildet wurde, geht von dem Gedanken aus, dass neben den Vollstreckungsbeamten der mindestens ebenso gefährdete Kreis von Forst- und Jagdbeamten, „die fern vom Schutze der geordneten Obrigkeit den Angriffen der Holz- und Wilddiebe ausgesetzt seien", des besonderen Schutzes bedürfen und „dass dasselbe wegen der gleichen Gefährdung gegenüber den Frevlern ebenmässig von dem Eigentümer des Forstes und den sonstigen Fortsberechtigten gelte".[3]) Man wird wohl Olshausen[4]) und Ebermayer[5]) dahin recht geben müssen, dass die Strafbestimmung wenigstens insoweit, als sie sich auf den Schutz von Privatpersonen erstreckt, systematisch richtiger nicht unter die Ueberschrift des 6. Abschnitts „Widerstand gegen die Staatsgewalt" ge-

---

[1]) Bindung Lehrb. II S. 759; Hälschner II S. 810; Ries S. 77; v. Streit S. 112; Frank § 113 III 3; ME Mayer VDB I S. 437 N. 1; RG 11, 175.
[2]) Lpz. Kom. § 113, 4.
[3]) Stenograph. Berichte 1870/71 Bd. I S. 436.
[4]) § 117, 1.
[5]) Lpz. Komm. § 117 I.

stellt worden wäre, allein die einheitliche Wurzel des ganzen § 117 erklärt zu ihrem Teil den begangenen systematischen Fehler, zudem ist auch die Forstwidersetzung mit dem Widerstand des § 113 gedanklich aufs Engste verknüpft, zumal auch den in § 117 aufgeführten Privatpersonen forst- und jagdpolizeiliche Funktionen in den vom Landesrecht näherhin gesteckten Grenzen übertragen sind, sodass wir mit Binding[1]) eher die ungeschickte Einschiebung des Aufruhrs und Auflaufs zwischen die zwei inhaltlich verknüpften Paragraphen 113 und 117 StGB als den in § 117 dem Gesetz anhaftenden systematischen Schönheitsfehler bedauern müssen. Im Einzelnen zählt § 117 als geschützte Personen auf:

1) Die Forst- oder Jagdbeamten. Dass diesen nur insoweit der erhöhte Schutz des § 117 zuteil werden soll, als sie auf Grund ihrer Amtspflicht die polizeiliche Beaufsichtigung eines Forstes oder Jagdreviers ausüben, ist allgemein anerkannt und bedarf keiner weiteren Erörterung. Wer als Forst- oder Jagdbeamter anzusehen ist und welche Befugnisse sie im einzelnen haben, entscheidet sich im allgemeinen nach Landesrecht. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass in Württemberg[2]) Forstwarte und Waldschützen des Staates und der mittelbar staatlichen öffentlichen Körperschaften als Beamte im Sinn des § 117 und zugleich als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft im Sinn des § 152 GVG, §§ 98, 105 StPO anzusehen sind und dass private Forstwarte und Waldschützen Jagd- und Forstpolizeibeamte werden können, wenn ihnen das Oberamt Jagd- und Vogelschutz überträgt,[3]) bezw. das Forstamt den polizeilichen Forstschutz. Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft aber werden diese privaten Forstwarte und Waldschützen dadurch nicht.

2) Die Waldeigentümer, Forst- oder Jagdberechtigten oder die von diesen bestellten Aufseher. Während die ersteren Begriffe nahezu unbestritten sind und wegen der Einzelfälle daher im Rahmen dieser Arbeit auf die bei Olshausen[4])

---

[1]) Lehrb. II S. 785.
[2]) K. V. v. 13. 8. 1914 (Reg.Bl. S. 359).
[3]) Min.-Verfg. v. 17. 2. 1882, Reg.Bl. S. 76 § 2; vgl. auch strafrechtliche Nebengesetze, herausgegeb. v. W. J. Min. 1930.
[4]) § 117, 2 b.

und Ebermayer [1]) zitierte Rechtsprechung verwiesen werden kann, muss dem Wortlaut des Gesetzes „von diesen bestellten Aufseher" einige Aufmerksamkeit zugewendet werden. Nach herrschender Meinung [2]) bezieht sich der Ausdruck „von diesen . . . bestellt" lediglich auf die in § 117 benannten Privatberechtigten. Auch das Reichsgericht hat sich in einer neueren Entscheidung [3]) in diesem Sinne ausgesprochen. Auch darüber, dass bestimmte Formen für die Bestellung nicht vorgeschrieben sind, ist man sich in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht [4]) allgemein einig.

Wichtiger und bestrittener ist die Frage, ob die genannten Privatberechtigten den erhöhten Schutz des § 117 stets geniessen, wenn sie sich in der rechtmässigen Ausübung ihres Rechtes befinden oder nur, soweit sie im Interesse des Forst- und Jagdschutzes tätig werden. Die allgemeine Fassung der Gesetzesbestimmung mag auf den ersten Blick dazu verleiten, für die erste Ansicht, die insbesondere v. Liszt-Schm.[5]) vertreten wird, Partei zu ergreifen, allein auch hier dürfen wir nicht nur am Buchstaben kleben bleiben, sondern den Willen des Gesetzes zu ergründen suchen. Dabei ist Binding [6]) zuzustimmen, wenn er sagt: „unter Ausübung ihres Rechtes kann unmöglich ihr privates Eigentums-, Niessbrauchs- oder Okkupationsrecht verstanden sein. Diese Rechte scheiden vollkommen aus. Zunächst wäre es sinnlos, die Rechtsausübung dieser Personen in höherem Masse sicher zu stellen als die irgend anderer . . . . und endlich würde die gegenteilige Ansicht vollständig verkennen, dass § 117 bestimmte Private den Beamten im Schutz gleichstellen will, dass also die Rechtsausübung jener der Amtsausübung dieser inhaltlich entsprechen muss." Hiemit bekennen wir uns zu der — wie von Liszt-Schm.[7]) in Anbetracht der von ihm selbst zahlreich

---

[1]) Lpz. Kom. § 117, 2 b u. c.
[2]) ME Mayer VDB I, 1 S. 439; Ebermayer Lpz. Kom. § 117, 2 d; Olshausen § 117 2 c; u. a.
[3]) RG 60, 273.
[4]) RG 57, 80.
[5]) Lehrb. S. 795; ebenso John HH 3 S. 139—140.
[6]) Lehrb. II S. 788.
[7]) Lehrb. S. 795 Anm. 5.

zitierten Vertreter der von ihm bekämpften Ansicht zugestehen muss — heute herrschenden Lehre.

§ 6.

Die ausländischen Beamten.

Der Streit um die Frage, ob auch die Beamten einer ausländischen Staatsgewalt durch den 6. Abschnitt unseres Strafgesetzbuchs geschützt sein sollen, währt schon lange, ohne dass sich die Geister einig geworden wären.

An der Spitze derer, die sich für die Ausdehnung des Strafschutzes auch auf die Beamten der ausländischen Staatsgewalt erklärten,[1]) steht das Reichsgericht.[2]) Dieses führt in der Entscheidung im 8. Bd. S. 53 ergänzend aus: es sei zu untersuchen, „ob der betreffende ausländische Beamte nach den massgebenden ausländischen Rechten die Eigenschaft eines zur Vollstreckung von Gesetzen seines Landes oder Anordnungen ausländischer Verwaltungsbehörden berufenen Beamten hat", für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der betreffenden Amtshandlung soll ebenfalls das ausländische Gesetz zu Grunde gelegt werden. Ganz abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit für den deutschen Strafrichter, das ihm meist unbekannte ausländische Gesetz anzuwenden, muss Binding[3]) darin beigepflichtet werden, dass durch solch eine Regelung aus den Tatbeständen des Strafgesetzbuchs „Blankettstrafgesetze von geradezu unheimlichem Umfang" geschaffen würden, „deren vielleicht höchst unliebsame Ausfüllung völlig dem ausländischen Staats- und Verwaltungsrecht überlassen bliebe". Helmuth Mayer[4]) fügt dem mit Recht hinzu: „wir können doch unmöglich die faschistische und bolschewistische Staatsauffassung unterstützen". Dem käme es aber gleich, wollten wir unsere Tatbestände mit ihrem Inhalt erfüllen!

Aber auch wenn wir alle Zweckmässigkeitserwägungen hintanstellen, können wir aus Gründen, die sich nur auf das

---

[1]) Allfeld S. 558 N. 3, Pfeiffer S. 18 ff., Berner S. 385.
[2]) RG 8, 53; 15, 221.
[3]) Lehrb. II S. 373/374.
[4]) G.S. Bd. 98 S. 44.

Strafgesetzbuch selbst stützen, zur Ablehnung des vom Reichsgericht in dieser Frage eingenommenen Standpunkts kommen.

Einmal geht es, wie ME Mayer [1]) überzeugend dargetan hat, nicht an, sich auf § 4 Abs. 2 Ziff. 3 StGB zu berufen, ehe nicht festgestellt ist, dass ein von einem Deutschen der ausländischen Staatsgewalt geleisteter Widerstand „nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen ist". Da aber letzteres Beweisthema ist, kann es nicht zugleich als Beweisgrund verwendet werden. Weiter reden die Bestimmungen des 6. Abschnitts von Beamten; da jedoch — wie oben § 3 dargetan —, wo immer im Strafgesetzbuch der Begriff „Beamter" erscheint, dieser durch die in § 359 StGB enthaltene Legaldefinition präzisiert wird, dort aber immer nur von inländischen Beamten die Rede ist, so ermangelt es jeden Grundes, den Beamtenbegriff des 6. Abschnitts auch auf Beamte einer ausländischen Staatsgewalt auszudehnen. Besonders treffend erscheint uns die Beweisführung von Liszt-Schm.[2]): „so wenig unsere Gesetzgebung den ausländischen Staat und seine Vertreter dem Inlande gleichstellt, selbst wo sie durch ausdrückliche Bestimmung Strafandrohungen gegen den Angriff auf das Ausland richtet, ebensowenig oder richtiger: noch weniger Veranlassung hat sie zur Gleichstellung der inländischen und der ausländischen Staatsbeamten, und da ausdrückliche Bestimmungen fehlen, müssen wir mithin die hier in Frage stehenden Strafdrohungen auf die Gewalt gegen inländische Staatsbeamte beschränken".[3]) Trotz dem beinahe allgemeinen Einverständnis mit diesem Ergebnis gehen jedoch die Ansichten in den Fällen auseinander, in denen sich der Widerstand gegen einen auf Grund der Erlaubnis einer inländischen Staatsbehörde im Inlande stationierten ausländischen Beamten richtet. Wenn auch mit verschiedener Begründung, so sind sich Bin-

---

[1]) VDB I S. 441.

[2]) Lehrb. S. 788.

[3]) In diesem Sinne auch: Binding Lehrb. II S. 373 ff., Ebermayer Lpz. Kom. § 110, 1a; Frank Vorbem. z. 6. Abschn. S. 279; ME Mayer VDB I S. 439 ff.; Olshausen Vorbem. z. 6. Abschn. N. 2; v. Streit S. 69.

ding,[1]) Hälschner,[2]) v. Streit [3]) und ME Mayer [4]) sowie Ostberg [5]) im Ergebnis darüber einig, dass in diesem Fall auch der ausländische Beamte zu schützen sei, weil er in deutschem Interesse tätig werde bezw. eine ihm übertragene inländische Staatsgewalt ausübe. Soweit letzteres zutrifft, ist diese Ansicht wenigstens für die, die wie das Reichsgericht und die herrschende Meinung den laxeren Beamtenbegriff vertreten, als in gleicher Gedankenrichtung liegend erklärlich. Wer aber wie z. B. Ostberg [6]) den strengeren Beamtenbegriff zugrunde legt und nur auf das Anstellungsverhältnis zum Reiche oder einem deutschen Lande abstellt, der begeht eine Inkonsequenz, wenn er nun dem mit Funktionen der inländischen Staatsgewalt betrauten ausländischen Beamten den Schutz des 6. Abschnitts zuteil werden lassen will. Binding, der ja, wie oben gezeigt, auch Anhänger des strengeren Beamtenbegriffs ist, sucht diese Inkonsequenz zu vermeiden durch Zuhilfenahme der bona fides,[7]) die jedoch — insoweit geben wir Ostberg [8]) recht — zwar ins Privatrecht passen würde, im Strafrecht aber unangebracht erscheint. Das Ergebnis, auch den im inländischen Interesse tätig werdenden ausländischen Beamten zu schützen, ist in der Tat wünschenswert. Diesen Wunsch zu erfüllen, ist das geltende Strafgesetzbuch nicht imstande, es mag dies daher dem neuen Strafgesetzbuch vorbehalten bleiben.

In diesem Zusammenhang sei kurz noch einer Kontroverse gedacht, die sich auf § 117 StGB bezieht. Olshausen [9]) vertritt den Standpunkt, dass aus dem Umstand, dass in § 117 StGB Privatberechtigte genau in gleicher Weise geschützt seien wie die Beamten, gefolgert werden müsse, dass auch, soweit die §§ 117—119 von Forst- und Jagdbeamten sprechen, der massgebende Gesichtspunkt nicht die Bestrafung des

---

[1]) Lehrb. II S. 376.
[2]) Lehrb. II S. 795.
[3]) S. 74.
[4]) VDB I S. 439 N. 4.
[5]) S. 14.
[6]) S. 4.
[7]) Binding, Lehrb. II S. 376.
[8]) S. 14.
[9]) § 117, 1.

Widerstandes gegen die Staatsgewalt sei und daher die §§ 117 bis 119 StGB gemäss § 4 Abs. 2 Ziff. 3 StGB auch dann anzuwenden seien, wenn eine Zuwiderhandlung im Auslande begangen worden sei. Dieser Ansicht ist mit Ebermayer [1]) und den dort Zitierten entschieden entgegenzutreten, denn nimmt man, wie wir es oben getan, mit der herrschenden Meinung an, dass die §§ 117—119 nur den den genannten Personen (Beamten und Nichtbeamten) bei Ausübung des Forst- und Jagdschutzes von Forst- und Jagdfrevlern geleisteten Widerstand treffen, so ergibt sich, dass, auch soweit Privatpersonen in Betracht kommen, nicht sowohl die Ausübung der ihnen zustehenden Privatrechte als vielmehr „die ihnen im Interesse des Schutzes der Waldungen und Jagden zustehende rechtliche Macht" [2]) geschützt wird und dass durch die §§ 117—119 StGB nur inländische Beamte geschützt werden und nur die Eigentümer in deutschen Gebieten gelegener Wälder sowie die in Deutschland Forst- und Jagdberechtigten, gleichgültig, welcher Nationalität sie auch sein mögen.

b) Die geschützten Rechtssubjekte in den Entwürfen.

I. Darüber, dass der verwaltungsrechtliche Beamtenbegriff, der sich auch in § 359 StGB unverkennbar als der des geltenden Rechts ausweist, für das Strafrecht längst zu eng geworden ist, ist sich heute alles einig. „Sowohl auf dem Gebiete der Rechtsprechung wie auf dem der übrigen staatlichen Verwaltungsaufgaben wächst fortwährend das Bedürfnis, Privatpersonen zur Verrichtung staatlicher Funktionen heranzuziehen. Es ist daher ein Gebot der Gerechtigkeit, dass solchen Personen, deren amtliche Tätigkeit der Staat in Anspruch nimmt, der den Beamten zukommende Schutz des Strafrechts gewährt wird".[3])

Diesem längst empfundenen Bedürfnis auch den unbeamteten Amtsträger zu schützen, ist das Reichsgericht und die ihm treue Gefolgschaft leistende herrschende Meinung

---

[1]) Lpz. Kom. § 117, 1.
[2]) So ME Mayer im VDB I S. 454.
[3]) VE Begr. S. 21.

dadurch entgegengekommen, dass es sich grosszügig über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinwegsetze und unter Zuhilfenahme der Konstruktion eines stillschweigend zustandegekommenen Anstellungsverhältnisses dem kriminalpolitisch erstrebenswerten Ziel diente. Dass sich diese vom Reichsgericht gewählte Interpretation des Gesetzes zwar verzeihen, nicht aber rechtfertigen lässt, hat indes wohl auch die Gesetzgebung erkannt, denn es ist auffallend, dass sie auf dem Gebiete der strafrechtlichen Nebengesetze[1]) in wachsendem Umfang das Bestreben zeigt, den Geltungsbereich der Beamtenstrafvorschriften ausdrücklich über den Kreis der im verwaltungsrechtlichen Sinn beamteten Personen hinaus zu erweitern. Den in diesen Nebengesetzen zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Gedanken haben denn auch sämtliche Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch als grundsätzliche strafrechtliche Norm übernommen.

Der Vorentwurf von 1909 hat in seinem § 12 Ziff. 3 die Definition des Beamtenbegriffs dahin gefasst: Beamter ist „eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amts berufen ist" und damit wie die Begründung[2]) ausdrücklich hervorhebt, den Beamtenbegriff des § 359 StGB aufgegeben und den Strafschutz auf den sogenannten „Amtsträger" ausgedehnt. Mit Recht setzt jedoch die Begründung zum Vorentwurf dieser zu allgemeinen Definition Grenzen, indem sie verlangt,[3]) dass es sich einmal um ein Amt handeln müsse, das einen durch öffentliches Recht umgrenzten Kreis von Amtspflichten voraussetzt, dann aber auch, dass das Amt selbst ein öffentliches und die Berufung dazu gesetzmässig erfolgt sei. Dieser Regelung ist der Gegenentwurf von 1911 in § 12 Ziff. 3 ohne nähere Begründung in vollem Umfang gefolgt. Auch der Kommissionsentwurf von 1913 schliesst sich in § 12 Ziff. 3 und der Entwurf 1919 in § 9 Ziff. 4 unter Zustimmung von Kahl[4]) und v. Hippel[5]) der oben gegebenen Definition an. Der Entwurf 1925 ersetzt in § 11 Ziff. 3 den bis dahin noch

---

[1]) Vgl. die gute Zusammenstellung bei Hochheiser S. 78/79.
[2]) VE Begründung S. 20.
[3]) VE Begr. S. 21.
[4]) Z. St. W. 42, S. 220.
[5]) Z. St. W. 42 S. 409, insbesondere N. 28.

festgehaltenen Begriff des Beamten durch den „Amtsträger", ohne jedoch den Inhalt der Definition im übrigen zu ändern. Man muss diese Regelung besonders begrüssen, einmal weil die neue Bezeichnung treffend den gesetzgeberischen Grund dafür erkennen lässt, dass diese Personen aus den übrigen herausgehoben werden, dann aber vor allem deshalb, weil nunmehr der Begriff „Beamter" voll und ganz mit seinem alten, unverwässerten Inhalt dem verwaltungsrechtlichen Gebiet überlassen bleibt, aus dem er geboren und für das er geschaffen ist. Die Regelung des Entwurfs 25 ist von Entwurf 27 in § 9 Ziff. 4 übernommen worden und hat bis heute weder nach den Beschlüssen des Reichstagsausschusses noch den Ergebnissen der deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen[1]) eine Aenderung erfahren, sodass man wohl mit Bestimmtheit annehmen kann, dass diese Regelung einmal geltendes Recht zu werden berufen ist.

Diese Regelung, die wie die Begründung zum Vorentwurf[2]) ausdrücklich feststellt, von der Wissenschaft allgemein[3]) gefordert worden, ist im allgemeinen trotz der Bedenken, die Binding[4]) gegen eine für das ganze Strafgesetzbuch gültige allgemeine Legaldefinition geltend macht, zu begrüssen. Insoweit ist jedoch Binding beizustimmen, dass es in der Praxis auch bei dieser Regelung oft äusserst schwer zu entscheiden sein wird, ob ein Nichtbeamter ein Amt besitzt und es ist auch, was die Fassung anbelangt, Kleinfeller[5]) und Hochheiser[6]) beizupflichten, wenn sie darauf hinweisen, dass sich auch die von § 9 Ziff. 4 E 19 vorgeschlagene Fassung im einzelnen nicht als zweifelsfrei erweise, weil sie den zugrunde gelegten Begriff des öffentlichen Amtes nicht klar stelle. Dasselbe wäre zu sagen bezüglich des in allen Entwürfen wiederkehrenden Begriffs „Behörde". Es erhebt sich hier die schon oben hinsichtlich des geltenden Rechts aufgeworfene Frage, ob diese Begriffe durch Legaldefinitionen festgelegt werden

---

[1]) s. Zusammenstellung S. 6—7.
[2]) V. E. Begr. S. 21.
[3]) insbesondere von Binding Lehrb. II S. 382—383, derselbe GS 64 S. 20 und Wachinger VDB IX S. 305—307.
[4]) GS 77 S. 4—5.
[5]) S. 336—338 (Amtspflicht).
[6]) S. 81.

sollen. Die Entwürfe geben solche nicht. Entgegen der von Ostberg [1]) vertretenen Ansicht möchten wir uns gegen eine Legaldefinition wenden besonders hinsichtlich solcher Begriffe, die nicht ein für allemal feststehen, sondern deren Inhalt durch die jeweilige Staats- und Verwaltungsstruktur bestimmt wird. Eine Festlegung dieser Begriffe könnte die gleiche unliebsame Folge haben, wie wir sie hinsichtlich des § 359 unseres geltenden Strafgesetzbuches feststellen mussten, nämlich, dass die Rechtsprechung zwischen Inkonsequenz und Unbilligkeit zu wählen gezwungen wird.

Mag der Streit um die Begriffe „öffentliches Amt" und „Behörde" auch unter der Herrschaft des neuen Strafgesetzbuchs nicht sofort verstummen, die Notwendigkeit, auch noch gegen den Wortlaut des Gesetzes ankämpfen zu müssen, fällt dahin und es ist, ohne einem übertriebenen Optimismus zu huldigen, die Hoffnung nicht unbegründet, dass es der Zusammenarbeit unserer Strafrechtswissenschaft mit einer vernünftigen Rechtsprechung gelingen werde, die im Gesetz verankerten Begriffe mit zeitgemässem Inhalt zu erfüllen.

Während der Vorentwurf [2]) und der Gegenentwurf [3]) dem geltenden Rechte folgend neben den Beamten und den Behörden im allgemeinen die Vollstreckungsbeamten noch besonders hervorheben und sie insbesondere vor tätlichem Angriff zu schützen suchen, die Unterscheidung der in § 113 Strafgesetzbuch genannten 3 Gruppen jedoch vermeiden und nur noch von „zur Vornahme von Vollstreckungen berufenen Beamten" reden, ohne damit eine inhaltliche Aenderung gegenüber dem geltenden Recht herbeiführen zu wollen,[4]) unterlässt der Kommissionsentwurf in § 191 diese Hervorhebung. Diesem Beispiel folgen alle späteren Entwürfe. Die Protokolle der Strafrechtskommission [5]) führen dazu aus: „nicht nur der Vollstreckungsbeamte, sondern jeder Beamte habe einen Anspruch darauf, dass der Staat ihn gegen tätliche Angriffe während der Amtsausübung schütze".

---

[1]) S. 48.
[2]) VE § 126.
[3]) GE § 135.
[4]) vgl. VE Begr. S. 468.
[5]) Protokolle 247. Sitzung S. 7.

Mit dieser Regelung, die man prinzipiell begrüssen kann, verschwindet zugleich auch die besondere Hervorhebung der Forst- und Jagdbeamten und der diesen schon im Vorentwurf ergänzend gleichgestellten Fischereischutzbeamten, da diese ja nunmehr ebenso wie die Vollstreckungsbeamten schon in ihrer Eigenschaft als Beamte den ihnen früher gewährten Spezialschutz geniessen. Dass zwar auch in Zukunft die auf exponierten Posten stehenden Vollstreckungs- sowie Jagd-, Forst- und Fischereibeamten besonderen Schutzes bedürfen, wurde auch bei dieser Regelung nicht ausser Acht gelassen. Die Denkschrift [1]) führt dazu aus: „Aufgabe des Gerichts ist es, der besonderen Gefährlichkeit und Verwerflichkeit eines Widerstandes gegen derartige Beamte bei der Strafzumessung gerecht zu werden. Die Möglichkeit, hier strenge Strafen zu verhängen, wird durch die §§ 184—188 ausreichend gegeben".

Neben den Beamten bezw. Amtsträgern werden wie im heute geltenden Recht die von den Beamten zur Unterstützung bei einer Amtshandlung zugezogenen Personen in gleichem Masse geschützt, wie die Beamten bezw. Amtsträger selbst.[2])

Besondere Erwähnung und Gleichstellung mit den Beamten bezw. Amtsträgern erfahren in den Entwürfen:

a) Die Mannschaften der bewaffneten Macht. Während sich dieser Ausdruck aus dem geltenden Recht selbst noch in den Entwurf 19 hinübergerettet hat, hat ihn der Entwurf 25 eliminiert und an seine Stelle den Begriff „Soldaten" gesetzt, der sich wie die Begründung[3]) ausführt, mit dem in § 1 Abs. 1 des Wehrgesetzes vom 23. 3. 1921 näher umgrenzten Begriff decken soll. Dies ist, wie Entwurf 27 § 149 und dessen Begründung [4]) zeigt, unverändert geblieben und hat sich auch in der Folge nicht geändert. Diese Beschränkung auf die Soldaten der Reichswehr und Reichsmarine erscheint jedoch nicht wünschenswert, denn schon die Vergangenheit hat gelehrt,[5]) dass es Bedürfnis ist den Schutz auch andern als den

[1]) E 19 Denkschr. S. 151.
[2]) VE § 126 Abs. 1; GE § 135 Abs. 1; KE § 191 Abs. 1 Ziff. 2; E 19 § 186 Abs. 1; E 25 § 142; E 27 § 150.
[3]) E 25 Begr. S. 78.
[4]) E 27 S. 84.
[5]) vgl. RG 53, 65; 54, 06; 54, 310.

auf Grund des Wehrgesetzes aufgestellten Truppenbildungen zuteil werden zu lassen. Ein Antrag, der bei Beratung des Kommissionsentwurfs in zweiter Lesung [1]) gestellt wurde, und der hinter die Worte „bewaffnete Macht" noch die Schutztruppen einführen wollte, um obigem Bedürfnis Rechnung zu tragen, wurde jedoch als überflüssig mit der zweifellos nicht ganz durchschlagenden Begründung abgelehnt, dass nach der zutreffenden Rechtsprechung des Reichsgerichts diese Schutztruppen auch ohne besondere Gesetzesbestimmung zur bewaffneten Macht zu rechnen seien. Diese erweiterte Auslegung ist jedoch nach der nunmehr eindeutigen Fassung der Entwürfe 25 und 27 nicht mehr möglich.

b) Die „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bestellten Wehren". Dieser allgemeinere Begriff hat die „Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr" des geltenden Rechtes abgelöst und „hat zur Folge, dass der Begriff weiterreichen kann".[2]) In der in den Entwürfen gewählten Fassung ist zugleich auch die im geltenden Recht zur Sprache gebrachte Streitfrage, ob es sich hier nur um Wehren zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder auch um andere handeln könne, im Sinn der heute herrschenden Lehre entschieden. Allein nur bis zum Entwurf 19 einschliesslich finden wir den Begriff der „Wehren" in den entsprechenden Tatbeständen. Vom Entwurf 25 ab scheidet er aus, ohne dass die Begründung nur auch ein Wort über den Grund dieser Aenderung verlieren würde.

c) Die Wald-, Jagd- und Fischereiberechtigten. Die Fischereiberechtigten sind schon im Vorentwurf den bisher in § 117 Abs. 1 StGB geschützten Waldeigentümern, Forst- und Jagdberechtigten ergänzend angereiht worden. In sämtlichen Entwürfen ist den genannten Privatpersonen und den von ihnen bestellten Aufsehern oder, wie es vom Kommissionsentwurf an heisst, den „von ihnen mit Wahrnehmung des Wald-, Jagd- oder Fischereischutzes Beauftragten" teils unter Gleichstellung mit den Beamten in derselben Strafbe-

[1]) Protokolle 251. Sitzung S. 9.
[2]) VE Begr. S. 470.

stimmung [1]) teils in einer gesonderten [2]) der ihnen schon im geltenden Recht zugebilligte erhöhte Strafschutz erhalten geblieben, dies jedoch unter ausdrücklicher Beschränkung auf den Forst-, Jagd- und Fischerei-Schutz, sodass die im geltenden Recht aufgetauchte Streitfrage de lege ferenda im Sinn der heute schon herrschenden Lehre endgültig entschieden ist. Auch noch in der ersten Lesung des Reichstagsausschusses ist die unveränderte Annahme des § 151 E 27 erfolgt. Auffallenderweise ist, wie aus der amtlichen Zusammenstellung der Beschlüsse des 21. Ausschusses in erster Lesung und den Ergebnissen der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen [3]) hervorgeht, die Streichung des gesamten § 151 E 27 von deutscher Seite in Aussicht genommen worden. Diese Streichung wäre, wenn sie erfolgte, zu bedauern, mag man vielleicht auch die systematische Einreihung der Strafbestimmung unter den Abschnitt „Auflehnung gegen die Staatsgewalt" für unrichtig halten. Allein auch gegen diese Einreihung sollte, darin ist Höpler [4]) zuzustimmen, „kein ernstes Bedenken vorgebracht werden. Gilt diese Bestimmung auch vor allem dem Eigentum, so dient sie doch mittelbar dem Schutz der Staatsgewalt, nämlich dem vom Staat gesetzlich festgelegten Jagd- und Fischereischutz. Ausserdem besteht zwischen dieser Bestimmung und der Vorschrift des Widerstandes ein so alter, historischer, auch im Rechtsbewusstsein des Volkes verankerter Zusammenhang, dass eine Abtrennung dieses Tatbestandes gewiss nicht am Platze wäre" und noch weniger seine vollkommene Ausscheidung — so möchten wir den Worten Höplers hinzufügen. Es erscheint überdies die in Aussicht genommene Streichung keinen grossen Anklang gefunden zu haben, denn in der zweiten Lesung des Ausschusses des vor Erledigung seiner Aufgabe aufgelösten Reichstags ist der § 151 in seiner alten Fassung erhalten geblieben.[5])

II. Auch die schon im geltenden Recht lebhaft umstrittene Frage, ob die Strafdrohung über den Widerstand gegen

---

[1]) VE § 126 Abs. 2; GE § 135 Abs. 2.
[2]) KE § 193; E 19 § 187; E 25 § 143; E 72 § 151.
[3]) vgl. Zusammenstellung S. 86—87.
[4]) Reform 1926 S. 260.
[5]) vgl. Kohlrausch Zusammenstellung S. 148.

die Staatsgewalt auch die Vertreter einer ausländischen Staatsgewalt, also deren Beamten zu schützen berufen sei, lebt in den Reformvorschlägen fort und hat in den Entwürfen verschiedene Beantwortung erfahren.

Der Vorentwurf hat in dieser Hinsicht enttäuscht, da er eine Stellungnahme zu dieser Streitfrage überhaupt unterliess. Ob man nun mit Braun [1]) und Reidenbach [2]) daraus auf die Verneinung der Ausdehnung auf ausländische Beamte schliessen, oder daraus mit Ostberg [3]) die Absicht, diese Frage als offene Streitfrage mit in die Zukunft hinüberzunehmen, folgern will, kann dahingestellt bleiben, zumal eine sichere Antwort nicht möglich ist, weil auch die Begründung zum Vorentwurf über diese Frage vollkommen schweigt.

Der Gegenentwurf nimmt auf eine Anregung Goldschmidts [4]) hin in § 169 unter dem 7. Abschnitt „Verletzung ausländischer Staaten" zu dieser Frage Stellung und löst das Problem im wesentlichen in dem von Goldschmidt und schon von ME Mayer [5]) vorgeschlagenen Sinn, indem er auch den Widerstand gegen ausländische Beamte mit Strafe bedroht, ohne jedoch der weiteren Anregung Mayers, die Bestrafung nur fakultativ vorzusehen, Rechnung zu tragen. Der Gegenentwurf fordert jedoch, und das bedarf besonderer Hervorhebung, nicht prinzipiell gleichmässige Strafbarkeit aller Angriffe gegen die ausländische Staatsgewalt, sondern greift unter diesen die Beamtennötigung im Sinn des § 135 Abs. 1 (also Nötigung und Widerstand umfassend) heraus und fordert weiterhin neben der Rechtmässigkeit der ausländischen Amtshandlung die Verbürgung der Gegenseitigkeit des ausländischen Staates, ohne diese jedoch zeitlich näher zu bestimmen, und fordert weiter den Antrag der ausländischen Regierung auf Bestrafung des Täters. Für die Ausdehnung des Schutzes auch auf die in § 135 Abs. 2 weiterhin geschützten Privatberechtigten „lag kein genügender Grund" vor.[6])

---

[1]) S. 45.
[2]) S. 44.
[3]) S. 48.
[4]) Reform 1910 II. S. 44.
[5]) VDB I S. 441/442.
[6]) GE Begr. S. 192.

Der Kommissionsentwurf sieht in § 179 unter dem 7. Abschnitt „Störung auswärtiger Beziehungen" ebenfalls die Bestrafung des Widerstandes gegen die ausländische Staatsgewalt vor und folgt im wesentlichen dem Gegenentwurf, schränkt aber nach zwei Richtungen gegenüber dem Gegenentwurf ein, einmal dadurch, dass nunmehr dem Vorschlag ME Mayers [1]) folgend die Bestrafung nur fakultativ vorgesehen, dann aber auch dadurch, dass nunmehr nur dann gestraft werden kann, wenn die Gegenseitigkeit „schon z. Zt. der Tat verbürgt war". Ausserdem wird mit Recht die Zurücknahme des Antrags ermöglicht, denn wir haben doch keine Veranlassung, eine gegen die ausländische Staatsgewalt gerichtete Tat auch dann noch zu bestrafen, wenn die verletzte Staatsgewalt selbst kein Interesse mehr daran hat.

Im Entwurf 19 erfolgt eine wesentliche Sinnesänderung nach der Richtung, dass nun Angriffe gegen die ausländische Staatsgewalt nur insoweit bestraft und ausländische Beamte den inländischen nur insoweit gleichgestellt werden, als sie „im Einvernehmen mit der zuständigen Behörde oder im Ausland zum Schutze deutscher Rechtsgüter tätig werden".[2]) Schon daraus, dass die allgemeine Vorschrift der früheren Entwürfe aus dem Abschnitt „Störung der Beziehungen zum Ausland" spurlos verschwunden ist und die vorerwähnte Bestimmung in den Abschnitt „Auflehnung gegen die Staatsgewalt" eingestellt wurde, der, wie Hellmuth Mayer [3]) durch argumentum e contrario aus § 186 Abs. 3 mit Recht folgert, nur die inländische Staatsgewalt schützen will, ist zu ersehen, dass der Schutz nicht mehr der ausländischen Staatsgewalt als solcher, sondern nur noch den durch ihre Vertreter wahrgenommenen unmittelbar deutschen Interessen dient. Diese Schlussfolgerung wird durch die Denkschrift zum Entwurf 19 [4]) als richtig bestätigt. Werden aber durch die Strafbestimmung nur deutsche Interessen und nicht mehr ausländische geschützt, so erübrigt es sich, „die Strafverfolgung noch von

[1]) VDB I S. 443.
[2]) E 19 § 186 Abs. 3.
[3]) GS 98 S. 46.
[4]) E 19 Denkschr. S. 153.

der Verbürgung der Gegenseitigkeit und einem Antrage der ausländischen Regierung abhängig zu machen".[1])

Die Entwürfe 25 und 27 beseitigen den § 186 des Entwurfs 19 wieder, ohne ihn irgendwie zu ersetzen. Diesem schlechten Beispiel sind auch die späteren Reformarbeiten gefolgt. Hinsichtlich der Lösung der brennenden Streitfrage sind wir nunmehr wieder so klug als wie zuvor, ja sogar noch ärmer geworden, denn der Entwurf hat, wie Hellmuth Mayer[2]) treffend dartut, alle formalen Argumente, die im geltenden Strafgesetzbuch dafür zu finden waren, dass der Schutz nur der inländischen Staatsgewalt diene, beseitigt und nunmehr auch noch die für diese Ansicht — wie oben gezeigt — wichtige Stütze des § 186 E 19 niedergerissen, sodass feste Anhaltspunkte dafür wie zu entscheiden sei, nunmehr vollkommen fehlen. In der Beurteilung dieser Sachlage geben wir Hellmuth Mayer[3]) vollauf recht, wenn er vom kommenden Gesetz in Anbetracht des Umstandes, dass die Praxis in der Vergangenheit gerade an einem Kardinalpunkt ihre eigenen Wege gegangen sei, eine unzweideutige Lösung dieser alten Streitfrage verlangt, und wenn er[4]) weiter ausführt: „Sollten die Regierungsvertreter vielleicht denken, man habe ja die Sache auf Grund des Opportunitätsprinzips in der Hand; sofern es sich um Delikte auf ausländischem Boden handelt, würde diese Erwägung fehl gehen. Missgriffe in der Praxis wären unvermeidlich. Auch wären schwere Verwicklungen mit dem Ausland zu besorgen, wenn man sich nicht auf eindeutige gesetzliche Bindungen berufen könnte".

Wie aber soll nun de lege ferenda die endgültige Lösung der alten Streitfrage geschehen?

Wollte man den ausgedehnten Schutz der fremden Staatsgewalt aufrecht erhalten, so könnte das, wie Prinzing[5]) mit Recht ausführt, nur in der Art geschehen, dass man diesen Schutz „in vorsichtiger Weise formuliert und verklausuliert". Rein gesetzestechnisch betrachtet hiesse das jedoch für die Lösung unserer Streitfrage Teufel mit Belzebub austreiben,

---

[1]) E 19 Denkschr. a. a. O.
[2]) GS 98 S. 46.
[3]) a. a. O. S. 45; vgl. auch Protokolle 93. Sitzung S. 7 ff.
[4]) a. a. O. S. 47.
[5]) S. 113.

denn an die Stelle der einen Streitfrage würden viele treten. Lediglich der von ME Mayer [1]) geltend gemachte Gesichtspunkt, den Schutz der ausländischen Staatsgewalt deshalb zuteil werden zu lassen, um im Wege der Verbürgung der Gegenseitigkeit zu erreichen, dass der Ausländer, der die deutsche Staatsgewalt im Inland angegriffen und sich ihr entzogen hat, im Ausland nicht straflos bleibe, verdient Aufmerksamkeit. Allein der von ME Mayer gemachte Vorschlag, das deutsche Gesetz solle mit gutem Beispiel vorangehen, erscheint heute veraltet, nachdem wir Deutsche schon allzuoft in jüngster Vergangenheit mit gutem Beispiel vorangegangen sind, ohne auch nur im kleinsten Duodezstäätchen Nachahmung unseres Vorbilds zu erreichen. Wir Deutsche haben wirklich, wie Ostberg [2]) in Uebereinstimmung mit Höpler [3]) ausführt, heute keinen Grund zu übertriebenem Kosmopolitismus, wie ihn Gegenentwurf und Kommissionsentwurf verraten. Wenn Prinzing [4]) gegen Ende seiner Arbeit die berechtigte Abkehr des Entwurfs 19 von den ihm vorhergehenden Entwürfen mit den Worten bedauert: „die grosse Idee, über den eigenen Staat hinauszustreben und dem Rechtsgedanken an sich zu dienen, lässt der Entwurf 19 völlig vermissen", so möchte man das beinahe als sentimental bezeichnen, wenn man bedenkt, dass er auf Grund der Tatsachen zu Beginn seiner Arbeit [5]) v. Bar [6]) zugeben musste, dass kaum eine Staatsmacht die ausländische Staatsgewalt de lege lata schütze und ohne Zweifel der staatliche Egoismus bei Regelung gerade dieses Problems eine wesentliche Rolle spiele.

Wenn wir uns auch grundsätzlich dagegen erklären, dass unser Strafgesetz allgemein auch in den Dienst des Schutzes der ausländischen Staatsgewalt gestellt werde, so schliesst das nicht aus, den Beamten der ausländischen Staatsgewalt durch Sondervorschrift in denjenigen Fällen den Schutz des deutschen Gesetzes zuteil werden zu lassen, in denen sie im Einvernehmen mit der zuständigen deutschen Behörde im

[1]) VDB I S. 442.
[2]) S. 50.
[3]) Reform 1926 S. 261.
[4]) S. 150.
[5]) S. 55.
[6]) Lehrb. S. 244 ff.

Inland, oder im Ausland zum Schutze deutscher Rechtsgüter tätig werden. Dass für diesen beschränkten Schutz auch unzweifelhaft ein Bedürfnis gegeben und anerkannt ist, ist oben § 6 schon dargetan; daran sollte das neue Strafgesetzbuch nicht achtlos vorübergehen und zur Regelung des Entwurfs 19[1]) zurückkehren, die sowohl für dieses Spezialbedürfnis wie für die Generalstreitfrage als glückliche Lösung bezeichnet werden könnte.

[1]) E 19 § 186 Abs. 3.

B) Die geschützten Tätigkeiten.

a) im geltenden Recht.

§ 7.

Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung.

Dieser Begriff, der uns in den Tatbeständen der §§ 113 und 117 StGB gegenübertritt, ist hinsichtlich seines Inhalts und seiner Bedeutung lebhaft umstritten.

Eine Auslegung des Begriffs „rechtmässig" ist aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus unmöglich. Auch seine Entstehungsgeschichte kann ihn nicht erhellen. Er hat eigentlich gar keine Geschichte, denn er verdankt sein Dasein einem in letzter Stunde eingebrachten und debattelos angenommenen Antrag Laskers.[1]) Allein soviel wird man mit Olshausen,[2]) Binding [3]) und v. Streit [4]) entgegen der Ansicht Mersmanns [5]) immerhin feststellen können, dass mit der auf Antrag Laskers in dritter Lesung angenommenen Fassung („in rechtmässiger Ausübung seines Amtes") etwas anderes gesagt sein wollte als mit der Plancks („innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommen"), die in zweiter Lesung den Sieg davon-

---

[1]) Ueber das lange Hin und Her der Debatten in erster und zweiter Lesung hinsichtl. ähnlicher Formulierungen vgl. die gute Zusammenstellung bei Mersmann S. 27—35.

[2]) § 113, 12.

[3]) Lehrb. II S. 765.

[4]) S. 91.

[5]) S. 35.

getragen hatte, es wäre ja sonst unverständlich, dass man die Fassung geändert hat.[1]) Die Zuständigkeit ist zwar ein Erfordernis für die Amtshandlung an sich und bildet daher einen Bestandteil der Rechtmässigkeit der Amtsausübung,[2]) ohne sich jedoch mit ihr zu identifizieren. Mit dieser negativen Feststellung ist aber für die Erkenntnis der Wesenselemente der Rechtmässigkeit noch nicht viel gewonnen. Um diese zu erfassen, müssen wir von dem Ideenkreis des Rechtsstaates, aus dem der Begriff geboren wurde, ausgehen.

Im Rechtsstaat ist im Gegensatz zum Polizeistaat, wo sich nur Herrscher und Beherrschte gegenüberstanden, alles geordnet und gebunden durch Recht und Pflicht. Inhalt und Umfang derselben bestimmen Gesetz und Verfassung. Beide sind bindend gesetzt und bestimmen die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Rechts und der der Staatsgewalt rechtlich zustehenden Macht.

Da aber der Staat nur zu handeln vermag durch seine Beamten, die als fehlbare Organe [3]) erscheinen, so ist es möglich, dass im Einzelfall die Organe des Staates, sei es auf Grund eines Irrtums über den Sinn des im Gesetz abstrakt zum Ausdruck gekommenen Staatswillens, sei es infolge bösen Willens oder vielleicht sogar unter Missbrauch der ihnen zur Durchführung des Staatswillens verliehenen Macht dem Gesetzeswillen entgegenhandeln. In diesen Fällen kann der Rechtsstaat die Handlungen des Beamten, die dem Gesetze nicht treu bleiben und daher von seiner Autorität nicht durchdrungen und gefestigt sind, nicht schützen, will er damit nicht zugleich seinen Charakter als Rechtsstaat aufgeben. „Die Staatsgewalt hält es ihrer allein würdig, Rechtsgewalt zu sein und fordert Unterwerfung nur, soweit sie solche ist.“ [4]) Daraus ergibt sich, dass eine Amtsausübung dann rechtmässig ist, wenn sie dem Willen des Gesetzes im Sinn der Gesamtheit des geltenden Rechts entspricht.[5]) Darin ist nun-

[1]) dass man damit nur eine Angleichung an den § 161 des Vereinszollgesetzes v. 1. 7. 1869 hätte erreichen wollen, erscheint mit Olshausen § 113, 12 unwahrscheinlich.
[2]) so Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 10 Vorbem.
[3]) Binding, Lehrb. II, S. 764.
[4]) Binding, Handb. S. 741.
[5]) s. auch ME Mayer VDB I S. 448.

mehr schon eine wesentliche Feststellung nach zwei Richtungen hin gegeben: einmal, dass die Beurteilung, ob ein Beamter sich in rechtmässiger Amtsausübung befindet, nur nach rein objektiven Gesichtspunkten erfolgen darf, dann aber auch, dass in Verfolg dieser Erkenntnis die subjektive Vorstellung des Beamten über die Rechtmässigkeit seines Tuns unmassgeblich erscheint. Letzteres kann mit ME Mayer [1]) als herrschende Lehre bezeichnet werden, die schon in einem Urteil des preussischen Obertribunals vom 28. 2. 1872 [2]) klar ihren Ausdruck fand in dem Satz: „Der Glaube des Beamten an die Rechtmässigkeit seiner Amtshandlung entbehrt in dem gleichen Grade der Bedeutung wie der Glaube des Angreifenden an den Mangel dieser Rechtmässigkeit." Ob man auch dem zweiten Teil dieses Satzes zustimmen kann, muss späterer Erörterung vorbehalten bleiben. Scheidet also die subjektive Vorstellung des Beamten aus, so muss die Frage, ob der Beamte wegen seiner Amtsführung zur Rechenschaft gezogen werden kann, mit ME Mayer [3]) und den oben Zitierten als für die Frage der Rechtmässigkeit bedeutungslos ebenfalls ausgeschieden werden. Da die subjektive Vorstellung des Beamten über die Rechtmässigkeit seines Tuns unbeachtlich, kann auch der Glauben des Beamten, sein Tun sei unrechtmässig, die an sich rechtmässige Amtshandlung nicht zur unrechtmässigen machen.[4])

Wenn nun oben gesagt ist, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung oder konkret gesagt der einzelnen Amtshandlung davon abhängt, ob diese dem Willen des Gesetzes entspricht oder nicht, so ist nunmehr festzustellen, was dem Willen des Gesetzes entspricht.

Der Staat, der durch Organe tätig zu sein gezwungen ist und sich aus dieser Notwendigkeit heraus das grosse Beamtenheer geschaffen hat, kann es nicht dabei bewenden lassen,

---

[1]) VDB I S. 446 N. 3; gleicher Ansicht: Olshausen § 113, 16; Ebermayer, Lpz. Kom. § 113, 11 a; Hiller, Rechtm. S. 74; Bolze, GA 23, 394; Hälschner, II S. 809; Guggenheimer, S. 10.
[2]) Zit. v. Binding Lehrb. II S. 757 Anm. 1, II, 3 a.
[3]) VDB I S. 446.
[4]) vgl. Binding Lehrb. II S. 770; Hälschner II S. 810; John HH 3, S. 118; Olshausen § 113, 16; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 11 a; Allfeld S. 559.

seinen Beamten eben schlechthin aufzutragen, seinen im Gesetz enthaltenen Willen durchzusetzen. Mit einer solchen generellen Beauftragung würde er ein Tohuwabohu schlimmster Sorte schaffen. Wie in jedem Organismus jedes einzelne Organ seine bestimmten Funktionen zu erfüllen hat, um dem Ganzen zu dienen, ebenso hat der Staat seine Beamtenschaft nach Aemtern gegliedert, denen einzelne Aufgaben zu erfüllen obliegt, und diese Aemter mit einem oder mehreren Beamten besetzt und ihnen bestimmte Geschäfte zur Erledigung übertragen, damit diese Beamten in ihrem Gebiet die ihnen übertragenen Aufgaben als Organe des Staates erfüllen. Nur soweit sie in diesem Aufgabenkreis tätig werden, anerkennt der Staat ihre Tätigkeit als die seine, ihr Handeln als Amtshandlung. Soweit der Staat in bestimmt gearteten Fällen für die Amtshandlung selbst bestimmte Formen (sei es aus Sicherheits- oder aus anderen Gründen) verlangt und die Beachtung dieser als wesentlich für die Amtshandlung vorschreibt, anerkennt er die Handlung des Beamten nur als die seine, wenn diese Formen auch beobachtet werden. Dies gilt ganz allgemein für alle Amtshandlungen. Daraus ergibt sich, dass die Amtshandlung, will sie überhaupt auch nur Anspruch auf Rechtmässigkeit erheben, „denjenigen Gesetzen entsprechen muss, die unmittelbar dazu da sind, die Person des zur Vollstreckung berufenen Beamten zu bezeichnen und die Art und Weise der Vollstreckung zu normieren".[1])

Es ist eben n i c h t Wille des Gesetzes, dass der Beamte ausserhalb seiner sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zuständigkeit und unter Missachtung der wesentlichen Förmlichkeiten als Amtsperson tätig werde. In diesem Ergebnis ist man sich allgemein einig.[2]) Auf die sehr reichhaltige Kasuistik hinsichtlich der Zuständigkeit, die in grossem Umfang durch Landesrecht geregelt ist, näher einzugehen, hiesse den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Wir beschränken uns deshalb in diesem Punkt auf eine gedrängte Wiedergabe der wesentlichen und unbestrittenen Gesichtspunkte:

---

[1]) ME Mayer VDB I S. 449; er nennt diese Gesetze „Ausführungsbestimmungen".

[2]) vgl. ME Mayer VDB I S. 449; Olshausen § 113, 13; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 10 a und b; Frank § 113, III; Allfeld S. 559.

Die sachliche Zuständigkeit verlangt, dass die Handlung in den Kreis der Amtsgeschäfte des Beamten gehört.

Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben, solange der Beamte innerhalb seines Amtsbezirks tätig wird, ausserhalb desselben nur, wenn ihm dies ausnahmsweise gestattet ist (vgl. §§ 166, 167, 158 GVG).

Die zeitliche Zuständigkeit kann in Frage kommen bei Beamten, die nur für bestimmte Zeit zur Amtsausübung berufen sind (z. B. Nachtwächter).

In diesem Zusammenhang erscheint es aber noch nötig, um Missverständnissen vorzubeugen, eine klare Scheidung der in der Literatur (so von ME Mayer und Frank) gebrauchten Begriffe der abstrakten und konkreten Zuständigkeit herbeizuführen. Erstere, die Frank [1]) als Geschäftszuständigkeit bezeichnet, ist dann gegeben, wenn der Beamte zu dergleichen Handlungen überhaupt zuständig ist, letztere, wenn auch die Tatsachen vorliegen, von denen die rechtliche Zulässigkeit der Amtshandlung abhängt [2]) (z. B. vollstreckbarer Titel als Voraussetzung der nach ZPO zu vollziehenden Zwangsvollstreckung). Schon aus der Fassung dieser Definition ist ersichtlich, dass die abstrakte Zuständigkeit Voraussetzung der Rechtmässigkeit jeder Amtshandlung ist und daher mit Recht unter die an dieser Stelle behandelten allgemeinen Voraussetzungen gestellt wurde, dass dagegen die konkrete Zuständigkeit schon eine feste Beziehung auf einen individuellen Fall aufweist und daher im Rahmen dieser Arbeit um Wiederholungen zu vermeiden an der Stelle behandelt wird, die von der Rechtmässigkeit im Hinblick auf die sachlichen Voraussetzungen des amtlichen Einschreitens handelt. Will man mit ME Mayer [3]) Ausführungsbestimmungen und auszuführende Gesetze scheiden, so sind die Bestimmungen über die konkrete Zuständigkeit zweifellos in den letzteren und nicht in den ersteren enthalten.

Es bedeutet ebenfalls nur die Hervorhebung eines besonderen Moments der Zuständigkeit, wenn noch ausdrücklich die Wahrung der gesetzlichen Formen der Amtshandlung be-

[1]) § 113, III, 1.
[2]) vgl. RG 59, 335.
[3]) VDB I S. 449.

tont wird.[1]) Unter diesen sogenannten wesentlichen Förmlichkeiten sind nur solche zu verstehen, von deren Beobachtung die Rechtmässigkeit abhängt. Davon zu unterscheiden sind die rein instruktionellen Vorschriften (z. B. Dienstkleidung). Ein Verstoss gegen diese Dienstinstruktionen steht mit dem Mangel der gesetzlichen Form nicht auf gleicher Linie, da die Dienstinstruktion nur innerhalb des Dienstverhältnisses wirken soll[2]) und nach Fleiner[3]) nicht Rechtssphären abgrenzt, sondern die Verwaltungsmaschine in gutem Gang zu erhalten versucht. Ob in einer Gesetzesbestimmung ein wesentliches Formerfordernis aufgestellt oder nur eine Dienstinstruktion gegeben sein soll, muss, wie Mersmann[4]) eingehend dartut, jeweils aus dem Willen der betreffenden Einzelvorschrift ermittelt werden, ohne dass sich für die Ermittlung selbst auch nur ein allgemein-gültiger Grundsatz aufstellen liesse. Die Zuziehung von Zeugen zur Zwangsvollstreckung (§ 759 ZPO) ist zum Beispiel vom Reichsgericht in mehreren Entscheidungen[5]) als solch wesentliches Formerfordernis anerkannt worden.

Wir haben bisher nur die allgemeinen formellen Erfordernisse und Voraussetzungen — die sogenannten Ausführungsbestimmungen — ins Auge gefasst, ohne die von einer Rechtmässigkeit der Amtsausübung überhaupt keine Rede sein kann und haben absichtlich die Frage, inwieweit eine Amtsausübung, um rechtmässig zu sein, auch inhaltlich materiell dem Willen des auszuführenden Gesetzes entsprechen müsse, ausser Acht gelassen. Dieser Frage wendet sich nunmehr unser Interesse zu. Während wir bisher nur generell von Amtsausübung und Amtshandlung gesprochen haben, wird es nunmehr nötig uns darüber klar zu sein, dass die Amtshandlungen, die in unserer Arbeit vor allem in Frage stehen, Vollstreckungshandlungen sind, die der staatlichen Gestaltung des Rechtslebens und zwar an dem Punkte dienen, wo Staatsgewalt und Lebensformen in unmittelbare Berührung kommen und diese das Leben unmittelbar gestaltende

---

[1]) vgl. Binding Lehrb. II S. 774.
[2]) Binding Lehrb. II S. 774.
[3]) Verwaltungsrecht S. 64.
[4]) S. 72 ff.; in gleichem Sinn auch Lpz. Kom. § 113, 10 b.
[5]) RG 7, 370; 12, 261; 24, 389; 55, 216.

Staatsgewalt auf Widerstand stösst.[1]) Da anstelle des Staates der Beamte tätig wird, so stehen sich 3 Interessen bei jeder Vollstreckungshandlung gegenüber: das des Bürgers am Schutz seiner Rechtssphäre, die er gegen Uebergriffe des Staates verteidigen will, das des Beamten, der nach Schutz verlangt, soweit er als Amtsperson pflichtgemäss handelt und das des Rechtsstaats, der beiden Interessen zugleich gerecht werden will, dies aber in den Fällen nicht restlos kann, in denen eine amtspflichtmässige Vollstreckung objektiv betrachtet in materieller Beziehung den Gesetzen nicht entspricht. Dass es solche Fälle gibt, wird noch dargetan werden. Je nachdem man die Fragen vom Interessenstandpunkt des Bürgers oder des Beamten aus betrachtet, wird man zu verschiedenen Resultaten kommen. Der Rechtsstaat aber muss nach einem möglichst billigen und Härten vermeidenden Ausgleich dieser sich widerstreitenden Interessen streben.

Auch bei Lösung dieser Fragen müssen wir wieder die Fälle direkter und indirekter Gesetzesvollstreckung scheiden und behandeln an erster Stelle die letzteren, bei denen die Konkretisierung des abstrakten Gesetzes und die Vollstreckung des konkretisierten Gesetzeswillens verschiedenen Staatsorganen zufallen.

Erfolgt die Konkretisierung durch ein Organ, dessen Entscheidungen mit Willen des Gesetzes in Rechtskraft erwachsen, so entspricht es weiterhin dem Willen des Gesetzes, dass solche in einem formell korrekten Vollstreckungstitel enthaltene Entscheidungen von dem zur Vollstreckung berufenen und beauftragten Beamten auch vollstreckt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Konkretisierung materiell richtig erfolgt ist oder nicht.[2]) Diese Tatsache hat Binding[3]) veranlasst, das Erfordernis, die zu vollstreckende Handlung müsse dem Gesetze konform gehen, nicht darin zu erblicken, dass der Inhalt des Willens, der zur Vollstreckung gebracht werden soll, dem Gesetze entspreche, sondern darin, dass eben der auf legalem und ordnungsmässigem Wege konkretisierte

[1]) Binding, Lehrb. II S. 762.
[2]) darüber ist man sich im Hinblick auf die Eindeutigkeit der prozessualen Vorschriften allgemein einig.
[3]) Lehrb. II S. 766.

Wille vollstreckt werde. Dabei darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich hier zunächst nur um solche Konkretisierung handelt, die als endgültige Erklärung darüber anzusehen ist, welche Weisung für diesen individuellen Einzelfall an die Stelle der generellen Weisung des abstrakten Gesetzes zu treten habe. Gerade der Umstand, dass die Konkretisierung endgültig ist, bewirkt, dass sie als gesetzmässig gilt, auch wenn ihr Inhalt an sich gesetzwidrig ist. Mersmann [1]) bringt dies zum Ausdruck in dem Satz: „das Urteil ist das Gesetz der Vollstreckung". Soweit es sich um solch endgültige Konkretisierung handelt, ist es gleichgültig, ob die Konkretisierung durch richterliches Urteil, richterliche Verfügung oder unanfechtbare Anordnung einer Verwaltungsbehörde erfolgt ist. Unter diesem Gesichtspunkt kann das Ergebnis im Hinblick auf die Amtshandlung des Vollstreckungsbeamten mit ME Mayer [2]) dahin formuliert werden: „nur der konkretisierte Wille des auszuführenden Gesetzes ist für die Vollstreckungshandlung massgebend, ihm muss die Amtsausübung entsprechen, um rechtmässig zu sein". Daraus folgt, dass der solch endgültige Konkretisierung vollstreckende Beamte dann unrechtmässig handelt, wenn er den Inhalt des konkretisierten Willens missversteht und etwas anderes zur Durchführung bringt, als was diesem konkretisierten Willen voll und ganz entspricht.

Handelt es sich jedoch um eine andere als endgültige Konkretisierung (ME Mayer nennt sie „rechtsunbeständige",[3]) so erscheint es nicht mehr gleichgültig, ob diese Konkretisierung materiell richtig ist oder nicht, hier muss in gleichem Masse wie später bei den Fällen direkter Gesetzesvollstreckung näher dargetan wird, auf die die Unrichtigkeit bringende Fehlerquelle zurückgegangen werden, erst daraus lässt sich dann ermitteln, ob die Konkretisierung selbst gesetzmässig ist und ob sie wie die endgültige Entscheidung als „Gesetz der Vollstreckung" angesehen werden darf; je nachdem wird sich entscheiden, ob es auch in diesen Fällen der Wille des Gesetzes ist, dass eben diese Konkretisierung

[1]) S. 105.
[2]) VDB I S. 450.
[3]) VDB I S. 451.

auch vollstreckt werde. Ob nun solche nicht endgültige Konkretisierung erfolgt durch eine dem Vollstreckungsbeamten übergeordnete Stelle oder durch diesen selbst, ist wie auch ME Mayer [1]) ausführt, für die Frage der Gesetzmässigkeit der Konkretisierung selbst nicht von Bedeutung; eine verschiedene Behandlung dieser Fälle erscheint demnach anfechtbar und unrichtig.

Für die Rechtmässigkeit der Vollstreckungshandlung ist, wie dargetan, massgebend, ob es Wille des Gesetzes ist, dass der konkretisierte Gesetzeswille auch vollstreckt werde. Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, dass absolut nichtige Urteile [2]) oder andere Entscheidungen eben deshalb, weil sie gar keinen beachtlichen konkretisierten Gesetzeswillen enthalten, nicht zur Vollstreckung gebracht werden sollen, ihre trotzdem erfolgende „Vollstreckung" daher unrechtmässig ist und dem Widerstand preisgegeben. Damit entscheidet sich auch die oben bei der konkreten Zuständigkeit offen gelassene Frage, ob das Vorliegen eines Vollstreckungstitels für eine rechtmässige Zwangsvollstreckung notwendig sei, von selbst in bejahendem Sinn, wie auch die Frage, ob der Beamte auf Grund eines fälschlich angefertigten Vollstreckungstitels, den er gutgläubig für echt hält, rechtmässig vollstrecken könne in verneinendem Sinn, denn in beiden Fällen fehlt es ja an einer der Vollstreckungshandlung zugrunde liegenden beachtlichen Konkretisierung des abstrakten Gesetzeswillens.

In diesem Zusammenhang muss auch die vielumstrittene Frage Beantwortung finden, ob und inwieweit ein Unterbeamter, der eine gesetzwidrige Konkretisierung des Gesetzeswillens oder konkret gefasst eine gesetzwidrige Anordnung einer übergeordneten Stelle vollstreckt, sich in rechtmässiger Amtsausübung befinden kann.

Soweit es sich um nichtbindende Befehle und Anordnungen handelt, ist der zur Vollstreckung berufene Untergebene zweifellos auch zur Prüfung berechtigt, ob diese gesetzmässig sind oder nicht; in letzterem Fall muss er das

---

[1]) a. a. O. S. 452 und 448.

[2]) dass es solche gibt, ist nahezu unbestritten, vgl. ZPO Kom. Stein-Jonas Vorbem. 1 zu § 578; StPO. Löwe-Rosenberg Vorbem. z. 2. Buch, 1. Abschn. N. 33 a.

Recht haben, die Vollstreckung zu verweigern, ehe er dem berechtigten Widerstand ausgesetzt ist. Eine allgemeine Pflicht zur Prüfung wird man jedoch nicht annehmen können und dürfen, es wäre ja sonst im Grunde der Untergebene der Kontrollbeamte gegenüber dem Vorgesetzten; man wird ihn insoweit jedoch sogar für verpflichtet halten, die Vollstreckung einer ihm erkennbar gesetzwidrigen Anordnung abzulehnen, als die anweisende Stelle garnicht zuständig ist, ihm solche Order zu erteilen[1]) oder der Befehl der wesentlichen Form ermangelt. Legt man dem Unterbeamten hinsichtlich der formellen Seite der Zuständigkeit auch eine Prüfungspflicht auf, so wird meist die materielle Richtigkeit der erteilten Weisung von ihm garnicht beurteilt werden können; in dieser Hinsicht wird er selbst unrichtige Anordnungen meist ohne Verletzung seiner Amtspflicht vollstrecken und es erscheint vom Standpunkt des Beamten aus gesehen ungerecht, dass er, der seine Pflicht tut, so gut er kann, dem Widerstand des Bürgers preisgegeben sein soll. Noch ungerechter aber will dies scheinen hinsichtlich des Beamten, der auf Grund eines ihn kraft Gesetzes b i n d e n d e n B e f e h l s[2]) gesetzwidrige Anordnungen zur Durchführung zu bringen gezwungen ist.

Es ist Frank[3]) zuzugeben, dass hier zwei Rechtssätze kollidieren: einer, der Achtung vor der Rechtssphäre des Privaten fordert und einer, der Gehorsam gegenüber dem Amtsbefehl gebietet. Dass das zukünftige Recht hier eine Lösung finden muss, um der Alternative, den Bürger oder den Vollstreckungsbeamten preiszugeben, aus dem Wege zu gehen,[4]) erscheint jedem unzweifelhaft. Allein für das geltende Recht muss man sich für ein „Entweder-Oder" entscheiden.

Den Interessenstandpunkt des Beamten vertreten die Anhänger der sogenannten Amtspflichttheorie,[5]) an deren Spitze

---

[1]) so auch Binding Lehrb. II S. 770, sowie RG. 2, 416; 40, 213.

[2]) darüber, dass es bindende Befehle gibt, vgl. die Spezialarbeit von v. Ammon S. 73, sowie RG 54, 337.

[3]) § 119 IV, 1.

[4]) ME Mayer VDB I S. 448.

[5]) z. B. Olshausen § 113, 11 b, Flesch S. 73 ff., Borchardt S. 63, Bolze GA 22 S. 391 ff., Hälschner II S. 807 ff., v. Ammon S. 82, v. Kallina S. 51/52.

das Reichsgericht [1]) steht. In der Begründung gehen die einzelnen Autoren auseinander: Bolze [2]) geht von dem Wortlaut des Gesetzes aus, das nur verlange, dass der Vollstreckungsbeamte s e i n Amt rechtmässig ausübe; darin komme zum Ausdruck, dass die „Ausübung" erst nach Zustandekommen des Gesetzes, Urteils, Befehls usw. beginne, und daher der Beamte sein Amt rechtmässig ausübe, soweit er es nur seiner Amtspflicht gemäss ausübe. Dieser Beweisführung verwandt ist die Hälschners,[3]) der meint, nicht auf die Rechtmässigkeit der Amtshandlung, sondern der Amtsausübung komme es an und letztere werde unvermeidlich bedingt durch die Subjektivität des Beamten. Auf diese legt das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung [4]) besonderes Gewicht; während es früher [5]) genügen liess, dass der Beamte den ihm zuteil gewordenen Auftrag, „wenn er nicht gänzlich ausserhalb des Rahmens der amtlichen Befugnisse der Verwaltungsbehörde" lag, in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Durchführung bringe, führt es in der angegebenen Entscheidung nunmehr ergänzend aus: „die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eines zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen einer Verwaltungsbehörde berufenen und dazu verpflichteten Beamten ist grundsätzlich schon dann gegeben, wenn der Beamte den Auftrag der vorgesetzten Dienststelle im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit in der gesetzlichen Form ausführt". v. Ammon [6]) geht vom Gedanken der Einheitlichkeit der Rechtsordnung aus: „der Rechtssatz, der dem Untergebenen Gehorsam gegenüber einem rechtswidrigen Befehl auferlegt, schafft Ausnahmen von den Normen, die dieser übertreten würde, wenn der Befehl für ihn unverbindlich wäre. Die auf einen bindenden rechtswidrigen Befehl hin vorgenommene Handlung des Untergebenen ist also rechtmässig".

Dieser Theorie der Amtspflichtmässigkeit, die einseitig nur die Interessen des pflichtgemäss handelnden Beamten be-

---

[1]) RG 55, 161; 58, 195; 59, 336.
[2]) a. a. O.
[3]) Lehrb. II S. 807 ff.
[4]) RG 58, 195.
[5]) RG 55, 161.
[6]) S. 82.

rücksichtigt, stehen jedoch gewichtige Bedenken gegenüber. Einmal verkennt sie vor allem die Aufgabe des Rechtsstaats, der nicht allein daran Interesse hat, seinen Beamten zu schützen, sondern auch den Bürger vor Uebergriffen der Beamtenschaft zu bewahren;[1]) weiter würde, darauf weist von Liszt-Schm.[2]) zutreffend hin, durch die Theorie der Amtspflichtmässigkeit erreicht, dass jeder zur Befehlserteilung Ermächtigte die Rechtsordnung dadurch ausser Kraft setzen könnte, dass er seine rechtswidrige Anordnung durch einen gutgläubigen Unterbeamten widerstandslos durchführen lassen könnte.

Aus diesem Gesichtspunkt heraus müssen wir die Amtspflichttheorie ablehnen und uns dem gegenteiligen Standpunkt anschliessen, der von namhaften Vertretern[3]) eingenommen wird und ohne Bedenken als herrschende Meinung bezeichnet werden kann. v. Kirchenheim[4]) hat mit Recht betont, dass das Objekt des Vergehens des Widerstandes nicht der Beamte als Einzelner, sondern die Staatsgewalt als Ganzes ist und dass jener nur die Erscheinungsform, diese das Wesen ein und derselben Idee ist, dass daher der Widerstand geleistet werde einem einheitlichen Akt der Staatsgewalt, der in der ganzen Amtsausübung besteht, die umfasse: widerrechtliche Anordnung samt ihrer Ausführung. Das Amt des Unterbeamten habe zur Grundlage die Oberherrschaft des Gesetzes und nicht die persönliche Abhängigkeit.[5]) Richtig erscheint uns in Verfolg dieses Gedankens die enge Verknüpfung des den Staatswillen konkretisierenden Vorgesetzen und

---

[1]) mit Recht betont Mersmann S. 108: „§ 113 ist kein reines Beamtenschutzgesetz".

[2]) S. 198; ebenso Binding, Lehrb. II S. 771; v. Bar, Gesetz u. Schuld 3, S. 171 ff., Frank § 113 IV, 1 u. dort Zit.

[3]) so Binding Lehrb. II S. 770; Hiller Rechtm. S. 81; John HH III S. 119; v. Kirchenheim GS 30 S. 172 ff.; Guggenheimer S. 9; v. Streit S. 103; v. Liszt-Schm. S. 198 (entgegen seiner in früheren Auflagen vertretenen Ansicht); ME Mayer VDB I S. 447; Oetker VDA II S. 270; Mersmann S. 106 ff.; Ries S. 74; Reidenbach S. 51.

[4]) S. 191 bis 194.

[5]) das richtet sich vor allem gegen Freund, der im Archiv für öffentl. Recht Bd. 1 S. 133, als Kriterium für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung des auf höhere Weisung handelnden Beamten den dienstpflichtigen Gehorsam betrachtet.

des ihn vollstreckenden Unterbeamten, wie sie auch Binding[1]) annimmt. Nach ihm ist der Untergebene, der dem Befehl des Vorgesetzten gehorcht, nur Werkzeug in dessen Hand. Ist der Befehl des Vorgesetzten ein gesetzwidriger, so bleibt auch die als Bestandteil des einheitlichen Amtsaktes erscheinende amtspflichtmässige Handlung des Untergebenen eine rechtswidrige. „Der widerrechtlich Angegriffene kann sich doch nur gegen den wehren, der ihn unmittelbar angreift, ihm gegenüber ist der Angreifer doch nur Organ des Unrechts und kann als solches keine Respektierung verlangen. Indem der Staat den Untergebenen Gehorsam auferlegt, auch evtl. rechtswidrigen Befehlen gegenüber, überliefert er sie schon einem Risiko, das wächst mit dem Umfang der Pflicht blinden Gehorsams; der aber, der den pflichttreuen Beamten opfert, ist kein anderer als der, der ihn berechtigtem Widerstand preisgibt — sein amtlich Vorgesetzter: er ist auch allein der verantwortliche Urheber der diesem zugefügten Verletzungen, soweit er sie vorausgesehen hat oder sie voraussehen konnte.“ [2])

Zusammenfassend können wir nunmehr mit ME Mayer[3]) feststellen: „eine Vollstreckungshandlung ist niemals deswegen rechtmässig, weil der sie ausführende Beamte dem Befehl eines Vorgesetzten seiner Pflicht gemäss nachgekommen ist“.

Darüber, dass der pflichtgemäss handelnde Vollstreckungsbeamte für die gesetzwidrige Vollstreckung nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, ist man sich allgemein einig. Frank hat in früheren Auflagen[4]) wie auch Beling[5]) die Ansicht vertreten, dass dem Gehorchenden ein „subjektiver Rechtfertigungsgrund“ zur Seite stehe, die Handlung selbst aber rechtswidrig bleibe. Mit Recht hat demgegenüber Mezger[6]) festgestellt, dass das eine contradictio in adiecto sei, die

[1]) Lehrb. II S. 772—773.
[2]) Binding Lehrb. II a. a. O.
[3]) VDB I S. 447.
[4]) vgl. 16. Aufl. 1925 S. 135; dieser „subjektive Rechtfertigungsgrund“ Franks ist ähnlich dem v. Kleinfeller VDA I S. 283 angenommenen „relativen“ Rechtfertigungsgrund.
[5]) Lehre v. Verbr. S. 168.
[6]) GS Bd. 89 S. 303.

„Bindung" entschuldige nur. Frank ist indes, wie Hellmuth Mayer [1]) mit Recht sagt, in seiner neuesten Auflage [2]) von seiner Ansicht zurückgewichen. Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass es sich hier nur um einen subjektiven Entschuldigungsgrund im Sinn eines Schuldausschliessungsgrundes handelt. Das Verhältnis des Befehlenden und Gehorchenden zueinander hinsichtlich ihrer Strafbarkeit wird von Hegler [3]) treffend beleuchtet, wenn er sagt: „der Untergebene befindet sich in einer psychologischen Zwangslage (Rechtszwang, kein Verweigerungsrecht), ist daher schuldlos und geht straflos aus, das anbefohlene Verhalten aber ist sozialschädlich, „rechtswidrig", wenn es sonst — von dem bindenden Befehl abgesehen, diesen Charakter trägt, deshalb kann der Befehlende als mittelbarer Täter bestraft werden, was sonst nicht möglich wäre".

Nunmehr wenden wir uns der direkten Gesetzesvollstreckung zu, die die Eigentümlichkeit aufweist, dass bei ihr Konkretisierung des abstrakten Gesetzes auf den Einzelfall und Vollstreckung der Konkretisierung in einer Person zusammentreffen. Dieses Zusammentreffen ist jedoch nur als eine zufällige Erscheinung zu werten. Nunmehr erhebt sich die Frage, welche Anforderungen werden an die „unbeständige" Konkretisierung gestellt, damit diese in gleicher Weise wie die endgültige, beständige Konkretisierung dazu berufen ist, für den konkreten Fall anstelle des abstrakten Gesetzes zu treten, um dann in ihrer Eigenschaft als „Gesetz der Vollstreckung" die Vollstreckung zur rechtmässigen zu machen.

Zunächst ist davon auszugehen, dass das abstrakte Gesetz auf den Einzelfall richtig angewendet werden will. Eine unbedingte Voraussetzung davon ist deshalb, dass der konkretisierende Beamte dessen Inhalt kennt. Diese Gesetzeskenntnis muss der Staat von seinen Beamten verlangen. Aus diesem Grund ist eine vom Beamten erfolgte Konkretisierung (mit Ausnahme der endgültigen, die wie oben gezeigt immer als gesetzmässig g i l t) nur dann dem Willen des Gesetzes

---

[1]) in Festschrift f. Frank I S. 598.
[2]) vgl. 18. Aufl. 1930 S. 144.
[3]) ZStW 36 S. 215 N. 110.

entsprechend, wenn der Beamte das Gesetz richtig ausgelegt und umgedeutet hat; es kann daher nicht Wille des Gesetzes sein, dass eine Konkretisierung, die auf ein Missverstehen seines Willens zurückgeht, auch vollstreckt werde. Auch der unverschuldete, durchaus verzeihliche Rechtsirrtum des Beamten macht die auf Grund der gesetzwidrigen Konkretisierung erfolgte Vollstreckungshandlung nicht zu einer rechtmässigen, noch viel weniger der verschuldete Irrtum. Der Widerstand wird sofort straflos. In diesem Ergebnis ist man sich einig.[1])

Soweit es sich jedoch nicht nur um blosse Anwendung des abstrakten Gesetzes handelt, sondern das Gesetz dem Beamten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht macht, oder ihm aufträgt, bestimmte Voraussetzungen auf ihr Vorhandensein zu prüfen und sich je nach dem Befunde selbständig zu entschliessen, ob er in diesem Falle die Massnahmen ergreifen oder unterlassen will, gehen die Ansichten wieder auseinander.

Die einen[2]) stehen auf dem Standpunkt, dass auch das Ermessen und demgemäss die Handlung des Beamten nur dann rechtmässig sei, wenn er objektiv richtig gewertet, d. h. aus den objektiv erkennbaren Tatsachen richtige Schlüsse gezogen hat. Die objektiv unrichtige Wertung führe zur Rechtswidrigkeit und zwar ohne Rücksicht darauf, ob auf Grund eines Irrtums über Tatsachen oder über rechtliche Beziehungen die Abweichung vom objektiv Richtigen stattgefunden hat.

Demgegenüber vertritt die herrschende Meinung[3]) — und dieser werden wir uns in diesem Punkte anschliessen — den Standpunkt, dass das Gesetz in diesen Fällen dadurch, dass

---

[1]) vgl. Binding Lehrb. II S. 769; Frank § 113 IV; Olshausen § 113, 16 und dort Zit.; ME Mayer VDB I S. 452; Ebermayer Lpz. Kom. § 113 11 a.

[2]) so von Liszt Lehrb. S. 790 (entgegen seinem in älteren Auflagen vertretenen Standpunkt); Frank § 113 IV; Goldschmidt Reform 1910 II S. 48—50 u. ders. Rechtsgr. S. 123 ff.

[3]) vgl. Olshausen § 113, 14; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 11 a; Binding Lehrb. II S. 769—770; Allfeld S. 559; ME Mayer VDB I S. 452; Niedhammer S. 28; Oetker VDA II S. 268; Ostberg S. 24—25, desgl. RG 24, 217; 27, 153.

es auf das Ermessen des Beamten abstellt, zugleich weiterhin billigt, dass der Beamte die Massregel ergreift, wenn er sie auf Grund gewissenhafter Prüfung (Willkür ist natürlich ausgeschlossen) für zulässig oder geboten erachtet. Solch gewissenhafte Prüfung gehört zur Amtspflicht des Beamten. Mit Recht führt Binding [1]) aus: „es bilden diese Fälle eine geschlossene Gruppe und zwar deshalb, weil bei ihnen die amtspflichtmässige Vornahme der Handlung dem Willen des Gesetzes entspricht, die Amtspflichtmässigkeit somit gleich ihre Gesetzlichkeit bedeutet, mag sich dann auch hinterher ergeben, dass die angenommenen Voraussetzungen in concreto nicht vorgelegen haben". Weil das Gesetz in diesen Fällen auch die nur amtspflichtgemäss vorgenommene Konkretisierung billigt und damit als gesetzmässig charakterisiert, ist es Wille des Gesetzes, dass der so konkretisierte Wille auch vollstreckt werde, der Vollstreckungsbeamte handelt also rechtmässig, mögen auch seine Handlungen materiell „unrichtig" [2]) oder wie sie Binding [3]) nennt, „unzutreffend" sein (formale Rechtmässigkeit). Der Vergleich mit dem materiell unrichtigen, rechtskräftigen Urteil, den ME Mayer [4]) zieht, ist sehr anschaulich, wie auch der Vergleich dahin, daß der Beamte, der dolos oder fahrlässig (also entgegen seiner Amtspflicht) gegen das anzuwendende Gesetz handelt, eine dem auf Rechtsbeugung beruhenden Urteil analoge Entscheidung fällt und damit seine Vollstreckungshandlung auf eine Basis stellt, die als Konkretisierung des Gesetzes überhaupt nicht gelten kann.

Wenn nun der herrschenden Lehre von ihren Gegnern [5]) vorgeworfen wird, dass durch sie die Rechtswidrigkeit des Tuns des Widerstandsleistenden von einem ganz vagen subjektiven Moment, der bona fides des Beamten, ohne Notwendigkeit abhängig gemacht werde, und konsequenterweise bei Abstellen auf die subjektive Pflichtmässigkeit des Ermessens auch die subjektiven Zwecke des handelnden Beamten mit

---

[1]) Lehrb. II S. 769/70.
[2]) so John HH III, S. 122.
[3]) Lehrb. II S. 770.
[4]) VDB I S. 452/53.
[5]) insbesondere von v. Liszt-Schm. S. 790 N. 7.

in Rechnung zu ziehen seien und die Pflichtmässigkeit des Handelns verneint werden müsse, wo der Beamte mit seiner Amtsausübung unlautere Zwecke verfolgt, so muss dem entschieden entgegengetreten werden. Einmal ist das „ganz vage", subjektive Moment der bona fides des Beamten lange nicht so gefährlich, wie dies die Gegner meinen, so lange eine vernünftige Rechtsprechung [1]) die Frage, ob der Beamte bona fide gehandelt habe, wieder von objektiven Momenten abhängig macht, insbesondere prüft, ob er nach damaliger Sachlage . . . anzunehmen berechtigt war. Würde man weiter darauf abstellen wollen, dass es Wille des Gesetzes sei, dass nur die materiell richtige Entscheidung vollstreckt werde, so hiesse das „dem Beamten Unfehlbarkeit vindizieren".[2]) Dass das aber nicht Sinn und Wille des Gesetzes ist, ergibt sich klar aus den Vorschriften der §§ 102, 127 Abs. 2 StPO; hier wird das Vorgehen gegen den „Verdächtigen" für zulässig erklärt, also die Möglichkeit offen gelassen, dass sich hinterher die Unschuld des „Verdächtigen" herausstellt, die Verhaftung usw. also materiell unrichtig war. Insbesondere muss man sich aber dagegen wenden, dass die Gegner auch die Berücksichtigung der vom Beamten verfolgten unlauteren Zwecke als notwendige Konsequenz der herrschenden Lehre bezeichnen. Mögen auch einige Schriftsteller [3]) das subjektive Moment in dieser Richtung überspitzt haben, notwendige Konsequenz der herrschenden Lehre ist ihre Ansicht nicht. Es müssen hier mit Mezger [4]) zwei Fälle auseinander gehalten werden: a) dem Beamten ist k o g n i t i v e s Ermessen überlassen. In diesen Fällen beurteilt sich die Frage, ob die Prüfung pflichtmässig und daher rechtmässig war oder nicht, objektiv danach, was generell unter den gegebenen Umständen von einem Beamten zu fordern gewesen war; hat er diesem Erfordernis im Ergebnis entsprochen, so kommt es nicht auf die ihn subjektiv leitenden Zwecke an. Es ist, wie Hegler [5]) ausführt, nicht ersichtlich, wieso eine wirklich objektiv

[1]) vgl. RG 35, 211; 44, 353.
[2]) Niedhammer S. 29.
[3]) v. Bar, Ges. u. Schuld III S. 91; Nagler Rechtsw. (Festschr. f. Binding) II S. 286 N. 8; u. Beling Lehre v. Verbr. S. 142.
[4]) GS 89, S. 299.
[5]) ZStW Bd. 36 S. 36 N. 45.

indizierte (also sachgemässe!) Verhaftung dann rechtswidrig, gesellschaftsschädlich werden soll, wenn sie subjektiv dem Motiv der Rache seitens des Verhaftenden entspringt. b) dem Beamten ist volitives Ermessen überlassen. „Hier überwiegt das Interesse an der psychologischen Gewähr dem Interesse an objektiver klarer Abgrenzung von Recht und Unrecht, denn in der Uebertragung volitiven Ermessens an seine Beamten hat das Recht selbst die ausschliesslich objektive Orientierung aufgegeben. Der Mangel des vom Recht geforderten leitenden Zwecks im subjektiven Sinn — nicht aber das Vorhandensein bloss konkurrierender anderer „Nebenzwecke" —macht das Handeln in der Tat rechtswidrig".[1])

Vor einem Fehler muss in diesem Zusammenhang noch kurz gewarnt werden, der nur allzuleicht sich einschleichen könnte: wir haben oben für die Fälle, in denen dem Beamten bei der Konkretisierung und Vollstreckung vom Gesetz ein Spielraum von Ermessen überlassen bleibt, die Gleichung aufgestellt: Amtspflichtmässigkeit gleich Gesetzmässigkeit; wollte man diese Gleichung aber negativ fassen: Amtspflichtwidrigkeit gleich Ungesetzlichkeit, so wäre sie falsch. Binding[2]) und Hälschner[3]) weisen mit Recht darauf hin, dass auch die Amtspflichtwidrigkeit in Verletzung einer Instruktion bestehen könne, ohne dass dadurch der Vollstreckungsakt notwendig unrechtmässig würde.

Soweit es sich in dem dem § 113 nachgebildeten § 117 um Beamte handelt, gilt unbestritten hinsichtlich der Rechtmässigkeit ihrer Amtsausübung das über die Vollstreckungsbeamten Ausgeführte, denn sie sind Jagd- und Forstpolizeibeamte. Streitig ist jedoch, wie die Rechtmässigkeit bei den in § 117 benannten Privatberechtigten und den von ihnen bestellten Aufsehern zu fassen sei. Die wohl herrschende Meinung[4]) und insbesondere das Reichsgericht[5]) stehen auf dem Standpunkt, dass im Gegensatz zu dem für Beamte geltenden Grundsatz, wonach die Ausübung des Amts noch nicht durch

[1]) so Mezger GS 89 S. 300.
[2]) Lehrb. II S. 770.
[3]) Lehrb. II S. 810.
[4]) Ebermayer Lpz. Kom. § 117, 3; Olshausen § 117, 7; Hofacker S. 62 u. a.
[5]) RG 1, 112; 6, 400; Recht 1907 Nr. 322.

einen trotz pflichtgemässer Prüfung unterlaufenen, tatsächlichen Irrtum über die Voraussetzungen des Einschreitens zu einer unrechtmässigen wird, hinsichtlich der Privatpersonen stets nur objektive Richtigkeit der Handlung deren Rechtmässigkeit begründe. Diese verschiedene Behandlung rechtfertigen die Vertreter der herrschenden Lehre mit blossen rechtspolitischen Erwägungen,[1]) die jedoch nicht überzeugen können, zumal der Wortlaut des Gesetzes Amt und Recht durch das ihnen gemeinsam zugehörende Attribut „rechtmässige Ausübung" dergestalt miteinander verbindet, dass man kaum annehmen kann, dass der Gesetzgeber dieses gemeinsame Attribut bald mit diesem, bald mit jenem Inhalt hätte erfüllen wollen, je nachdem man es auf Amt oder Recht bezieht! Beachtet man weiter, dass die genannten Privatpersonen „so behandelt werden, als übten sie ein Amt aus" [2]) und, wie selbst Olshausen,[3]) der die Ansicht der herrschenden Lehre vertritt, ausführt, nur soweit den Schutz des § 117 geniessen, „als sich die Ausübung des Privatrechts deckt mit der berufsmässigen Tätigkeit der zur Wahrung staatlicher Rechte berufenen Organe", so erscheint eine Sonderbehandlung vollends unbegründet, ja geradezu willkürlich. Wir treten daher der von ME Mayer [4]) und Binding [5]) vertretenen Ansicht bei, dass für die Beurteilung des Moments der Rechtmässigkeit sowohl bezüglich der Amtsausübung des Beamten wie der Rechtsausübung des Privaten die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen müssen.

Zusammenfassend kann nunmehr festgestellt werden:

I. Eine Vollstreckungshandlung ist rechtmässig, wenn sie einer gesetzmässig auf einen be-

---

[1]) so auch Hofacker S. 62.
[2]) so Binding Lehrb. II S. 786.
[3]) § 117, 3.
[4]) VDB I S. 455. Wenn Ostberg Seite 42 N. 2 neben Mayer Frank § 117 III zitiert, so erscheint das nicht ganz zutreffend. Nur im Endergebnis kann man bei Frank von einer Gleichstellung reden und zwar deshalb, weil er schon beim Beamten den strengen objektiven Standpunkt einnimmt und diesen selbstverständlich auch beim Privaten beibehält, jedoch mit einer Begründung, die der von uns bekämpften Ansicht inhaltlich sehr nahe steht.
[5]) Lehrb. II S. 792.

stimmten Fall erfolgten Konkretisierung des abstrakten Gesetzes entspricht.

II. Eine Konkretisierung ist gesetzmässig,

1. wenn sie von einer zuständigen Stelle unter Wahrung der wesentlichen Formen erfolgt und
2. a) entweder eine endgültige, rechtsbeständige ist oder
   b) als rechtsunbeständige inhaltlich dem anzuwendenden Gesetze entspricht oder in den Fällen, in denen dem konkretisierenden Beamten ein Ermessen eingeräumt, wenn auch auf Grund eines Tatsachenirrtums inhaltlich unrichtig, so doch ohne Verletzung der Amtspflicht erfolgt ist.

§ 8.

Der Widerstand gegen unrechtmässige Amtshandlungen und sein Verhältnis zur Notwehr.

Es erscheint uns heute beinahe selbstverständlich, dass die Rechtsordnung den Beamten nur soweit schützt, als er sein Amt rechtmässig ausübt, und dass sie den Widerstand gegen solche Amtshandlungen straflos lässt, die sie selbst nicht billigt. Allein diese Auffassung ist nicht von jeher Selbstverständlichkeit gewesen, und es hat vor allem in der Zeit vor unserem geltenden Strafgesetzbuch, die noch stark in polizeistaatlichen Auffassungen verstrickt war, nicht an Schriftstellern gefehlt — und diese waren wie R. v. Mohl [1]) dartut, in keinem Lande so zahlreich wie in Deutschland —, die sich für die Pflicht des unbedingten Gehorsams gegenüber den Organen der Staatsgewalt erklärt haben. Auch Kant und Hegel waren, wie v. Mohl [2]) nachweist, unbestrittene Anhänger des „leidenden Gehorsams". Ein besonders eifriger Vertreter dieser Theorie auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft ist v. Jagemann [3]) geworden, der im geraden Gegensatz zu Levita,[4]) (der Widerstand gegen jede materiell unrichtige

[1]) Gesch. u. Lit. Bd. 1 S. 331.
[2]) a. a. O. S. 331—332.
[3]) vgl. ANF 1842 S. 597—602.
[4]) S. 192/193.

Amtshandlung zulassen will), selbst in den Fällen „grellster Ausartung" des Missbrauchs der Amtsgewalt die Widersetzung gegen dieselbe für unzulässig erklärt und es für durchaus unpassend hält, dem Publikum das Recht einer unmittelbaren Kritik der öffentlichen Diener bezüglich der Rechtmässigkeit ihres Handelns einzuräumen; er will jedoch Notwehr gegen wissentlichen Missbrauch der Amtsgewalt zulassen [1]) und darin liegt, wie Binding [2]) mit Recht sagt, eine gewisse Inkonsequenz. Die von v. Jagemann vertretene Auffassung wird schon von Hufnagel [3]) energisch bekämpft; er weist mit Recht vom Standpunkt des Beamten aus darauf hin, dass es allerdings schwer sei für den Beamten zu funktionieren, wenn der Bürger seinem Unrechte Widerstand entgegensetzen darf, allein das sei die natürliche Folge grösserer bürgerlicher Freiheit, er fügt dann vom Standpunkt des Bürgers aus gesehen hinzu [4]): „es bleibt richtig, dass es um die Ausübung des Rechts des Widerstands gegen Gesetz und ordnungswidriges Verfahren eines Beamten oder eines Dieners der Obrigkeit eine missliche Sache ist, und dass der Staatsbürger wohl tut, wenn er gegen sein eigenes Urteil in hohem Grade misstrauisch ist und schon bei einem leisen Zweifel für den Augenblick lieber Unrecht leidet, als dass er es mit Gewalt von sich abhält". Aus diesen Ausführungen erkennen wir wiederum deutlich den möglichen Widerstreit der Interessen des amtspflichtmässig handelnden Beamten und des in seinen Rechten bedrohten Bürgers. Diesen Widerstreit zu lösen, war stets das Bestreben von Wissenschaft und Gesetzgebung. Die einen versuchen damit zu helfen, dass sie den Widerstand nur für zulässig erachten gegen „offenbare Widerrechtlichkeit" und im Zweifel die Regel des Gehorsams in ihrem Recht bleiben lassen,[5]) und aus letzterem Satz sogar eine Präsumption für die Legalität des Verfahrens öffentlicher Beamter ableiten.[6]) Die Vertreter dieser Lehre verlangen als

[1]) vgl. a. a. O. S. 610.
[2]) Lehrb. II S. 756 N. 1.
[3]) Comm. III 1844 S. 227 ff.
[4]) a. a. O. S. 229.
[5]) so Hiller Rechtm. S. 49 (1872, also kurz nach Inkrafttreten des geltenden Strafgesetzbuchs).
[6]) so z. B. Zachariae ANF 1843 S. 374.

weitere Voraussetzung der Zulässigkeit des Widerstandes, dass der durch den Beamten erfolgte widerrechtliche Angriff einen unersetzlichen Verlust bringe (so Zachariae) oder „das Unrecht ein sehr ernstes, die natürlichen und verfassungsmässigen Rechte tiefverletzendes" sei (so Hiller). In gleicher Richtung suchte das württembergische Strafgesetzbuch von 1839 in Art. 174 Abs. 2 die Frage zu lösen: „sollte der Beteiligte durch ein solches Verfahren (gemeint ist nach Abs. 1 „gesetz- und ordnungswidriges Verfahren") mit unersetzlichem Nachteile unmittelbar bedroht gewesen seyn, so ist der Widerstand straflos, vorausgesetzt, dass er sich keiner Ueberschreitung schuldig gemacht hat". Während allen diesen Lösungsversuchen das eine gemeinsam ist, dass sie für das Gebiet des Widerstandes gegen die Staatsgewalt den allgemeinen Notwehrbegriff durch Sonderregelung ausser Wirksamkeit setzen oder ihn wenigstens für dieses Gebiet stark modifizieren, kam das preussische Landrecht[1]) dadurch, dass es Unersetzlichkeit des angegriffenen Guts als Voraussetzung der Notwehr betrachtete, zu ähnlichen Resultaten.

Immer aber erscheint das Widerstandsrecht in enger Beziehung zum Notwehrrecht. Diese Beziehung im geltenden Recht klarzulegen, ist unsere nächste Aufgabe.

Die erste Frage geht dahin, ob § 113 und dementsprechend § 117 Strafgesetzbuch überhaupt ein förmliches Recht zum Widerstand gegen unrechtmässige Amts- bezw. Rechtsausübung normieren wollen. Die herrschende Meinung[2]) bejaht diese Frage. Es erscheint dies jedoch nicht ganz unbedenklich. Braun[3]) weist zutreffend darauf hin, dass durch § 113 ein Recht zum Widerstand nicht geschaffen werden sollte, dieser § 113 verdanke seine Entstehung der Zeit des Uebergangs vom Absolutismus zum Konstitutionalismus und sei eine verständliche Reaktion auf die Ausgestaltung der Rechte des Untertans gegenüber dem Staat gewesen, er sollte den Schutz der Staatsgewalt regeln und nicht den Staatsbürgern ein Widerstandsrecht schaffen, von einem Widerstandsrecht

[1]) Th I Tit. 7 § 142.
[2]) vgl. ME Mayer VDB I S. 443; Guggenheimer S. 15; Hiller Rechtm. S. 63; Ostberg S. 27; u. a.
[3]) S. 65/66.

habe auch keiner der Abgeordneten bei der Diskussion gesprochen. Treffend führt auch Kirchenheim [1]) aus, § 113 formuliere nicht etwa so: „eine strafbare Handlung liegt nicht vor", sondern „eine nach § 113 Strafgesetzbuch strafbare Handlung liegt nicht vor". Aus all dem geht wohl der Zweck des § 113 StGB hervor, den Guggenheimer [2]) dahin fasst, dass als causa proxima die Absicht, die der Strafe würdige Tat als strafbar zu erklären, erscheine, der gegenüber der Schutz des Bürgers als causa remota zu bezeichnen sei. Wenn man nun auch nicht annehmen will, dass § 113 ein förmliches Widerstandsrecht normiere, so kann man doch daraus, dass er nur Widerstand gegen rechtmässige Amtsausübung missbilligt, schliessen, dass er das Widerstand-leisten gegen unrechtmässige Amtsausübung mindestens als strafrechtlich irrelevant bezeichnen will und damit wenigstens ein de facto anerkanntes Widerstandsrecht schafft, das wie das Notwehrrecht auf der Grundidee beruht, dass Recht dem Unrecht nicht weichen müsse.[3]) Aus dieser engen Verbindung ist mit Guggenheimer [4]) zu folgern, dass sich die Grenzen des Widerstandsrechts nach den Lehren des Notwehrrechts bestimmen. Damit befinden wir uns im Endergebnis wieder auf dem Boden der herrschenden Lehre, die eben „das in § 113 erblickte Widerstandsrecht als einen Fall des Notwehrrechts [5]) charakterisiert.

In weitaus den meisten Fällen wird die unrechtmässige Beamtenhandlung eine Spitze gegen eine Person haben — sei es unmittelbar oder mittelbar. Dann nimmt jene Handlung, soweit auch im übrigen die Voraussetzungen vorliegen, durchaus die Natur des „rechtswidrigen Angriffs" im Sinn der Notwehr (§ 53 StGB) an und das Notwehrrecht wird in allen Konsequenzen lebendig.[6]) Es muss jedoch nicht jede unrechtmässige Vollstreckungshandlung eine persönliche Spitze haben (Binding [7]) hat einen solchen Fall konstruiert), in die-

[1]) GS 30 S. 200 ; in gleichem Sinn: Bolze GA 23, S. 389; Pfeiffer Beitr. S. 37/38; v. Streit S. 19; Hälschner Lehrb. II S. 807.
[2]) S. 43.
[3]) Niedhammer S. 34.
[4]) S. 15.
[5]) ME Mayer VDB I S. 443.
[6]) so auch Binding Lehrb. II S. 777.
[7]) Lehrb. II S. 778.

sem Falle entfällt dann das zum Notwehrbegriff notwendige Erfordernis des „rechtswidrigen Angriffs". Hier möchte es scheinen, als ob das Anwendungsgebiet des sogen. Widerstandsrechts ausgedehnter sei als das des Notwehrrechts, und dies behaupten z. B. Hiller [1]) und Niedhammer,[2]) allein dem ist nicht so; dieser Fall gehört eben jener oben bezeichneten, strafrechtlich irrelevanten Zone an, in der der Widerstand deshalb nicht bestraft wird, weil die Amtsausübung keine rechtmässige war und Notwehr nicht in Frage steht, da es an einem rechtswidrigen Angriff mangelt. Würde aber der Widerstandleistende dabei dem Beamten Körperverletzungen zufügen, so wäre er natürlich strafbar, weil eben diese Körperverletzungen „nicht erforderlich waren, einen rechtswidrigen Angriff (ein solcher bestand ja gar nicht) abzuwenden".[3]) Das Widerstandsrecht fällt also, soweit es nicht strafrechtlich irrelevant ist, mit dem Notwehrrecht zusammen. Dies gilt nicht nur hinsichtlich des Anwendungsgebiets, sondern auch hinsichtlich des Umfangs. Das ergibt sich, wie ME Mayer [4]) sehr klar dartut, schon aus einer Gegenüberstellung der Voraussetzungen des Notwehrrechts des § 53 mit denen des Widerstandes des § 113: beide sind nur gegen rechtswidrige Angriffe gegeben, beide nur gegen einen gegenwärtigen Angriff („in" und „während" der Amtsausübung bei § 113!) und bei beiden ist nur eine solche Verteidigung erlaubt, „die erforderlich ist, um den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwenden"; letzteres kommt zwar in § 113 nicht deutlich zum Ausdruck, allein die Konsequenzen des Gegenteils wären, wie ME Mayer [5]) mit Grund sagt, unerträgliche; zudem ist der Sinn des Gesetzes der: „dem rechtmässig vorgehenden Beamten soll erhöhter Schutz zuteil werden, aber der rechtswidrig Einschreitende soll nicht schlechter gestellt sein als ein beliebig anderer Bürger";[6]) er soll aber auch nicht besser gestellt sein, zumal schon durch Berücksichtigung seiner „Fehlbarkeit" im Bereich des ihm überlassenen Ermessens bei Prü-

[1]) Rechtm. S. 64.
[2]) S. 35.
[3]) Im Ergebnis so auch Mersmann S. 39.
[4]) VDB I S. 444.
[5]) VDB I S. 444.
[6]) ME Mayer a. a. O.

fung der Frage nach der Rechtmässigkeit seiner Amtsausübung eine Regelung getroffen ist, die den Beamten vor allzugrossen Härten bewahrt. Für die Beschränkung des Umfangs des Widerstandsrechtes im Verhältnis zum Notwehrrecht zugunsten des Beamten, wie sie Hiller[1]) und Guggenheimer,[2]) letzterer wie ME Mayer[3]) mit Recht sagt, lediglich durch die falsche Auffassung von den Voraussetzungen der Notwehr veranlasst, vertreten, ist daher kein stichhaltiger Grund zu finden.

Auf eine angeschnittene Frage muss noch kurz eingegangen werden. Wir haben oben gesagt, dass Notwehrrecht und Widerstandsrecht nur gegen rechtswidrige Angriffe gegeben seien. Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob v. Kirchenheim[4]) recht hat, wenn er sagt: „die Rechtswidrigkeit des § 113 und des § 53 ist derselbe Begriff". Man wird das mit Binding[5]) als etwas zu weitgehend bezeichnen müssen, denn beim Erfordernis der Rechtswidrigkeit im Sinn des § 53 wird grundsätzlich nur vom Standpunkt des Angegriffenen ausgegangen und der Begriff der Rechtswidrigkeit rein objektiv gefasst,[6]) während wir beim korrespondierenden Begriff der Rechtmässigkeit in § 113, wenigstens soweit es sich um den Ermessensbereich des Beamten handelt, Amtspflichtmässigkeit zur Rechtmässigkeit genügen liessen und uns damit von dem objektiven Standpunkt des Angegriffenen in § 53 entfernt haben. Da aber ein Angriff nach herrschender Lehre dann kein rechtswidriger ist, wenn ihn der Angegriffene von Rechtswegen über sich ergehen lassen muss, dies aber wie § 113 zeigt der Fall ist, sobald der Vollstreckungsbeamte rechtmässig in dem oben in § 7 entwickelten Sinne handelt, so ist Notwehr gegen solche rechtmässige Amtshandlung selbst dann nicht gegeben, wenn der Angriff vom objektiven Standpunkt des Angegriffenen aus nicht zurecht erfolgt ist.[7])

---

[1]) S. 49 Rechtm.
[2]) S. 16.
[3]) VDB I S. 444 N. 1.
[4]) GS 30 S. 201.
[5]) Lehrb. II S. 777 N. 3.
[6]) so die herrschende Lehre vgl. Oetker VDA II S. 263; Frank § 53 I, 2 und dort Zit.
[7]) so im Ergebnis Olshausen § 53, 8; Ebermayer Lpz. Kom. § 53, 4; Frank § 53 I, 2 b.

Wenn wir nunmehr am Ende dieser Betrachtungen zu der Feststellung kommen, dass, sofern man überhaupt von einem Widerstandsrecht des Bürgers gegen unrechtmässige Amtshandlungen reden will, dieses Widerstandsrecht als ein Fall des Notwehrrechts erscheint, so möchten wir vielleicht mit v. Streit [1]) geneigt sein, die Einfügung des Epitethons „rechtmässig" vor „Ausübung" als Anerkennung eines Schutzes des Staatsbürgers, als Pleonasmus zu erachten, da ja die Notwehrnormen ausreichend gewesen wären, allein wir pflichten Ostberg [2]) und den dort Zitierten in der Ansicht bei, dass dieser Fall von Notwehr nur deshalb noch besonders konstatiert sei, „um einen unbedingten staatsbürgerlichen Gehorsam auszuschliessen, — ein Garantiegesetz für die Auffassung vom Rechtsstaat".

b) Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung und das Verhältnis des Widerstands gegen unrechtmässige Amtsausübung zur Notwehr in den Entwürfen.

Wir haben uns in diesem Zusammenhang lediglich mit der Fassung und dem Inhalt des in fast allen Entwürfen wiederkehrenden Begriffs der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung" zu befassen; die Frage, welche Stellung dieser Begriff innerhalb der Tatbestände habe, insbesondere, ob dieser Begriff als objektives Tatbestandsmerkmal oder als blosse Strafbarkeitsbedingung zu fassen sei, wird später bei Behandlung des Vorsatzes (§ 10) Berücksichtigung zu finden haben.

Dass auch in den Entwürfen nur die rechtmässige Amtsausübung den Schutz des Strafgesetzes finden könne und dürfe, war vom Standpunkt des Rechtsstaats aus eine Selbstverständlichkeit. Lediglich insoweit konnte von den Entwürfen eine Verbesserung erwartet werden, dass sie den oben gezeigten Meinungsstreit darüber, was unter „Rechtmässigkeit" zu verstehen sei, endgültig entscheiden. In dieser Hinsicht hat, wie Goldschmidt [3]) mit Recht feststellt, der Vorentwurf

[1]) S. 84.
[2]) S. 29.
[3]) Reform 1910 II S. 48.

eine gewisse Enttäuschung gebracht. Ausser einer Bemerkung in der Begründung zum Vorentwurf,[1]) die überdies nur die schon bisher unumstrittene Annahme, dass die Ausserachtlassung von blossen unwesentlichen Instruktionsvorschriften, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht berühre, erneut feststellt, ist in dem Vorentwurf zur Frage der Rechtmässigkeit keine Stellung genommen worden. Die Streitfrage ist also in ihrer alten Vielgestaltigkeit offen gelassen worden. Mit Recht hat Goldschmidt [2]) eine klare Stellung der Entwürfe darüber gefordert, was unter Rechtmässigkeit zu verstehen sei, insbesondere auch darüber, wie ein amtspflichtmässiges Handeln eines auf Grund bindenden Befehls tätig werdenden Unterbeamten die Rechtmässigkeit beeinflusse. Goldschmidt schlägt auch [3]) eine Legaldefinition der Rechtmässigkeit vor, die als besonderer Absatz dem § 126 VE angefügt werden soll, und die nach seiner Ansicht „alles Wünschenswerte zu berücksichtigen scheint", sie lautet: „Eine rechtmässige Amtshandlung oder Amtsausübung im Sinne dieses Paragraphen liegt auf Seiten eines zur Vornahme von Vollstreckungen oder zum Forst-, Jagd- oder Fischereischutz berufenen Beamten dann vor, wenn der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat"; er fügt als Korrektiv für die Fälle, in denen diese formale Rechtmässigkeit zu unbilligen Härten führen würde, noch hinzu: „war die Amtshandlung oder die Amtsausübung in der Sache ungerechtfertigt, so tritt die bei mildernden Umständen vorgesehene Strafe ein, auch kann in besonders leichten Fällen (§ 83) von Strafe überhaupt abgesehen werden". Diese Legaldefinition Goldschmidts ist (jedoch ohne das Korrektiv) von den Verfassern des Gegenentwurfs, unter denen sich auch Goldschmidt befand, als § 136 wörtlich in den Gegenentwurf aufgenommen worden. Mit dieser Regelung, die den Beamten schon dann schützt, „wenn er innerhalb seiner abstrakten sachlichen und örtlichen Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat, kurz nicht nur

[1]) VE Begr. S. 467.
[2]) Reform 1910 II S. 49/50.
[3]) Reform 1910 II S. 52/53.

dann, wenn ihm ein staatliches ius exequendi, sondern schon dann, wenn ihm ein staatliches ius executionis zur Seite steht",[1]) können wir uns jedoch inhaltlich nicht ganz einig erklären, insbesondere deshalb, weil wir es, wie oben beim geltenden Recht gezeigt, nicht für richtig halten, dass eine an sich rechtswidrige Anordnung dadurch sanktioniert werde, dass sie von einem bona fide handelnden Beamten zur Durchführung gebracht wird. Dies ist aber die Konsequenz der vom Gegenentwurf gewählten Legaldefinition.

Soviel lässt sich am Gegenentwurf immerhin als Fortschritt begrüssen, dass er eine Lösung der umfangreichen Streitfrage versucht hat. Wenn der Kommissionsentwurf die Aufnahme einer Legaldefinition der Rechtmässigkeit ablehnte mit der Begründung,[2]) eine solche würde einer Fortentwicklung des Rechtes hinderlich sein, und alle späteren Entwürfe seinem Beispiel folgen, so ist das zu bedauern. Dass die Warnung vor zu vielen Legaldefinitionen wohl begründet ist, bedarf keiner weiteren Darlegung, sobald man nur einen Blick in den beinahe endlosen Katalog von Legaldefinitionen[3]) tut, die von den verschiedenen Seiten im Anschluss an den Vorentwurf zur Aufnahme ins neue Strafgesetzbuch vorgeschlagen wurden; wollte man sie alle berücksichtigen, dann würde das neue Strafgesetzbuch mehr einem Lehrbuch als einem Gesetzbuch gleichen. Wir geben daher im Prinzip Ostberg[4]) recht, wenn er meint, man dürfe die Fortentwicklung des Rechts nicht durch zuviele Legaldefinitionen hemmen und den Richter dadurch nach allen Seiten binden, die Rechtsprechung würde damit auf einem toten Punkte angelangt sein. Allein eine vollkommene Eliminierung aller Legaldefinitionen ist ohnedies nicht möglich, eine vernünftige Beschränkung derselben ist allein wünschenswert; ob nun aber gerade die hier in Frage stehende Legaldefinition fallen solle, erscheint uns höchst zweifelhaft, denn einmal spielt sie eine grosse Rolle innerhalb des Abschnitts „Angriffe gegen die Staatsgewalt", dann soll sie einzig und allein auf den Rechts-

[1]) Reform 1910 II S. 50/51.
[2]) vgl. Protokolle 96. Sitzung S. 11—29.
[3]) vgl. gutachtliche Aeusserungen S. 12.
[4]) S. 58.

anschauungen des Rechtsstaats aufgebaut sein, der wohl noch geraume Zeit die Grundlage unserer Gesellschaftsordnung bilden wird, ein Hinauswachsen der Zeit aus dem Grundgedanken gerade dieser Legaldefinition ist somit weniger zu befürchten als bei jeder andern. Was uns aber hauptsächlich für die Aufstellung einer Legaldefinition hinsichtlich des Begriffs der Rechtmässigkeit eintreten lässt, ist der Gedanke an die grosse Meinungsverschiedenheit über diesen Begriff in der Vergangenheit und an die grosse Bedeutung dieser Streitfrage; würde das neue Strafgesetzbuch diese Frage nicht eindeutig lösen, so hiesse das einer wichtigen Kontroverse Unsterblichkeit verleihen.

Diese Erkenntnis scheint indes auch die fortschreitenden Reformarbeiten beeinflusst zu haben. Während alle Entwürfe vom Kommissionsentwurf bis zum Entwurf 1927 den Begriff der Rechtmässigkeit verwenden, ohne ihn zu definieren, bringen die Beschlüsse des Reichstagsausschusses erster Lesung [1]) wie auch die Ergebnisse der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen,[2]) denen in diesem Punkte auch die Beschlüsse des Reichstagsausschusses zweiter Lesung [3]) treu bleiben, eine neue Regelung. Sie vermeiden den Begriff der Rechtmässigkeit, der im Entwurf 27 nur als Strafbarkeitsbedingung gefasst ist, und ersetzen ihn im 3. Abs. des eingeschobenen § 149 a durch den Satz: „die Tat ist nicht strafbar, wenn die Amts- oder Diensthandlung ihrer Art nach nicht zu dem Amts- oder Dienstkreis der Behörde, des Amtsträgers oder des Soldaten gehört, oder sonst einen groben Verstoss in der Anwendung gesetzlicher Vorschriften enthält". Als glücklich und eindeutig kann man indes auch diese Regelung nicht bezeichnen. Inhaltlich kommt sie in ihrem ersten Teil der Definition des Gegenentwurfs sehr nahe; allein was ist unter „grobem Verstoss" zu verstehen, und welche gesetzlichen Vorschriften sind gemeint? Sollte gar nach dieser Fassung ein nicht gerade grober, aber auf Rechtsirrtum beruhender, bei Vornahme der Konkretisierung erfolgter Verstoss den Widerstand gegen die

[1]) vgl. Zusammenstellung S. 86.
[2]) vgl. Zusammenstellung S. 87.
[3]) Kohlrausch, Zusammenstellung S. 148.

Vollstreckung ausschliessen? Der Begriff der Rechtmässigkeit ist umgangen, der Meinungsstreit wird nunmehr in anderen Begriffen weiterleben!

Was das Verhältnis des sogenannten Widerstandsrechts zum Notwehrrecht anlangt, so muss auch für sämtliche Entwürfe festgestellt werden, dass sie alle den Widerstand in ähnlicher Weise regeln wie das geltende Strafgesetzbuch und nirgends ein förmliches Widerstandsrecht ausdrücklich anerkennen. Es kann also in dieser Richtung auf das beim geltenden Recht Ausgeführte Bezug genommen werden. Auch der Begriff der Notwehr ist in den Entwürfen bis einschliesslich Entwurf 19 derselbe geblieben wie im geltenden Strafgesetzbuch; in den Entwürfen 25 [1]) und 27[2]) ist davon abgewichen und das Moment der Verhältnismässigkeit des durch die Notwehrhandlung abzuwendenden und des durch sie entstehenden Schadens (ähnlich wie in § 228 BGB) in den Begriff aufgenommen worden. Es scheint jedoch diese Aenderung keinen Anklang gefunden zu haben, denn sowohl der Reichstagsausschuss in erster Lesung[3]) wie auch die deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen[4]) sind zu dem altbewährten Notwehrbegriff zurückgekehrt. Unter diesen Umständen kann auch hinsichtlich des Verhältnisses jenes de facto anerkannten Widerstandsrechtes und des Notwehrrechts auf das beim geltenden Recht Ausgeführte verwiesen werden. Auch in den Entwürfen bleibt das sogenannte Widerstandsrecht ein Fall des Notwehrrechts.

---

[1]) vgl. E 25 § 21 Abs. 2.
[2]) vgl. E 27 § 24 Abs. 2.
[3]) vgl. Zusammenstellung S. 14.
[4]) vgl. Zusammenstellung S. 15.

C) Die strafbaren Handlungen.

§ 9.

a) im geltenden Recht.

Ein Vergleich des Wortlauts der §§ 113 Abs. 1 und 117 Abs. 1 lehrt, dass beide Tatbestände kongruent sind mit Ausnahme der geschützten Rechtssubjekte, die insbesondere dadurch eine Erweiterung erfahren, dass in § 117 die Ausübung des Rechtes von Privatpersonen zu der Amtsausübung hinzutritt und zwar, wie schon oben ausgeführt, gleichwertig. Es kann also eine gesonderte Behandlung der beiden Paragraphen unterbleiben und das über § 113 Ausgeführte analog auf § 117 übertragen werden.[1]) Soweit in der Folge von Amtsausübung die Rede ist, ist dasselbe auch auf die Rechtsausübung auszudehnen. In § 113 teilt sich der Tatbestand in je zwei Handlungen: 1. Widersetzung gegen die Amtshandlung und 2. tätlicher Angriff während der Amtshandlung. Beide sind alternativ mit derselben Strafe bedroht. Es erhebt sich daher die Frage, ob auch eine alternative Feststellung im Urteil erfolgen könne. Dies ist mit Ebermayer,[2]) Reichsgericht[3]) und John[4]) zu verneinen; letzterer führt mit Recht dazu aus: „da der Widerstand selbst in einem tätlichen Angreifen bestehen kann, so können die tätlichen Angriffe nur solche sein, welche nicht Widerstandshandlungen sind". Alternative Feststellung erscheint daher unzulässig.

---

[1]) so auch ME Mayer VDB I S. 438 und 456 ff.
[2]) Lpz. Kom. § 113, 5.
[3]) RG 28, 99.
[4]) HH III S. 125.

Aus dem ganzen 6. Abschnitt geht deutlich der Gedanke hervor, dass es besonders strafwürdig erscheint, wenn ein Privater den Funktionären der Staatsgewalt oder den unter ihrer Autorität tätig werdenden und ausdrücklich benannten Privatpersonen, sei es hindernd, sei es hemmend, bei Ausübung ihres Amtes bezw. Rechtes in den Weg tritt. Dass der Rechtsstaat aber das Tätigwerden dieser nur dann stützen und schützen will, wenn sie ihr Amt oder Recht rechtmässig ausüben, ist schon oben dargetan; es erscheint daher insbesondere auch angesichts des engen inhaltlichen Zusammenhangs zwischen den §§ 113 und 117 berechtigt, den Wortlaut des § 117 entsprechend dem des § 113 dahin zu ergänzen, dass auch der tätliche Angriff gegen die in § 117 genannten Personen nur dann strafbar sein soll, wenn dieser „während der rechtmässigen Ausübung ihres Amtes oder Rechtes" erfolgt. Das Fehlen des Wortes „rechtmässig" in § 117 wird von der herrschenden Meinung[1]) mit Recht nur als ein blosser Redaktionsfehler bezeichnet. Wird, wie ausgeführt, der Beamte nur geschützt, soweit er in rechtmässiger Amtsausübung tätig wird, so erscheint es klar, dass, wie v. Streit[2]) richtig bemerkt, tätlicher Angriff wie Widerstand zeitlich mit der Amtsausübung zusammenfallen müssen. Die zeitliche Begrenzung ist bei beiden die gleiche.[3]) Das kommt zum Ausdruck in dem Wortlaut des Gesetzes: „in" bezw. „während" der rechtmässigen Amtsausübung. Aus der verschiedenen Bezeichnung kann ein Schluss auf eine zeitliche Differenz nicht gezogen werden, er ist jedoch — wie später zu zeigen sein wird — Ausdruck für die verschiedene Richtung des Angriffs der strafbaren Handlung.

Fällt nun aber notwendig Amtsausübung und strafbare Handlung zeitlich zusammen, so muss in erster Linie Anfang und Ende der einzelnen Amtshandlung genau fixiert sein. Dies wird durch eine Generalformel nicht erreicht werden können, sondern wird im wesentlichen, wie ME Mayer[4]) und dort zitierte Reichsgerichtsentscheidungen mit Recht betonen,

[1]) vgl. Olshausen § 117, 3 und dort Zit.
[2]) S. 82.
[3]) so Binding Lehrb. II S. 780.
[4]) VDB I S. 456 N. 3.

Tatfrage bleiben müssen. Soviel wird man aber entgegen John,[1]) der ausführt: „gleichgültig erscheint es, ob der Beamte mit der Amtshandlung bereits begonnen oder ob der Widerstand geleistet wurde während sich der Beamte auf dem Wege befand, um die Amtshandlung vorzunehmen" mit Binding[2]) feststellen müssen, dass vor Beginn des Amtsaktes kein Widerstand denkbar ist und daher Vorbereitung und Ausführung streng zu scheiden sind. Das Ende der Amtshandlung wird im allgemeinen praktisch zusammenfallen mit der endgültigen Erreichung des mit der Amtshandlung verfolgten Zwecks und Erfolgs. Es muss jedoch Olshausen[3]) und den dort Zitierten zugegeben werden, dass der Umstand, dass der Zweck der Amtsausübung bereits erreicht war, deren Fortdauer nicht unbedingt ausschliesst.

Da es unzweifelhaft der Sinn des Gesetzes ist, dass der Beamte in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes schlechthin geschützt werde, so kann es auch keinem Zweifel unterliegen und ist auch nahezu unbestritten, dass sowohl Widerstand als tätlicher Angriff von jedem beliebigen Dritten ausgehen können, nicht nur von dem, gegen den sich die Amtshandlung richtet.[4]) Die gegenteilige Ansicht, die Pfeiffer[5]) vertritt, ist schon aus dem Grunde nicht haltbar, weil dann eine gegen rechtmässige Vollstreckungsakte ohne persönliche Spitze (und solche gibt es, wie oben dargetan) gerichtete Handlung nicht gestraft werden könnte, dies aber offensichtlich dem Sinn des Gesetzes widerstreitet, im Wortlaut desselben überdies auch keine Stütze findet.

Nach diesen allgemeinen auf Widerstand und tätlichen Angriff gleichzeitig zutreffenden Ausführungen sollen nunmehr beide in ihren Besonderheiten getrennt behandelt werden.

1. Widerstand.

Hier ist der Platz, um kurz auf die verschiedene Ausdrucksweise des Gesetzes: „in" bezw. „während" der recht-

---

[1]) HH III S. 123.
[2]) Lehrb. II S. 776.
[3]) § 113, 20 b.
[4]) vgl. ME Mayer VDB I S. 456; Olshausen § 113, 20 u. d. Zit.
[5]) S. 33.

mässigen Amtsausübung einzugehen. Dass damit dasselbe gesagt sein wollte, ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil — wie Olshausen [1]) dartut — ausdrücklich die Unterscheidung im Gegensatz zur Fassung zweiter Lesung beschlossen wurde; das musste doch einen Zweck haben. Mit Recht sieht die herrschende Meinung den Unterschied darin, dass eben der Widerstand gegen die Vornahme der Amtshandlung selbst, der tätliche Angriff dagegen nur gegen den Beamten zu einer Zeit gerichtet sein müsse, in der er eben gerade mit der Vornahme einer rechtmässigen Amtsausübung befasst war. „Unter Widerstandsleistung ist somit die Handlung zu verstehen, die der Ausführung der Vollstreckung ein Hindernis in den Weg legt".[2]) Meist wird ja das Hindernisbereiten das Ziel haben, den Erfolg der Amtshandlung zu vereiteln, allein diese Willensrichtung des Täters als wesentlich zu bezeichnen, geht nicht an, das Gesetz selbst gibt für solche Interpretation keine Stütze. Die herrschende Meinung [3]) lässt daher mit Recht entgegen der vom Reichsgericht [4]) vertretenen Ansicht eine bloss auf Erschwerung der Ausführung der Amtshandlung gerichtete Absicht genügen. Gleichgültig muss es demnach auch sein, ob der Beamte an dem Hindernis scheitert, oder es überwindet.

Zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes genügt aber nicht jedes vom Beamten als faktisches Hindernis empfundenes Verhalten des Täters. Die Mittel, durch die strafbarer Widerstand geleistet wird, sind bestimmt und begrenzt; sie sind Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt, alle übrigen scheiden aus.

a) Gewalt: Dass sich die Gewalt gegen den Beamten richten müsse, ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes unbestritten. Was aber unter Gewalt zu verstehen sei, ist streitig. Soviel ist immerhin sicher, dass ein aktives Verhalten des Täters dazu erforderlich ist und passiver Widerstand nicht

---

[1]) § 113, 20.
[2]) so ME Mayer VDB I S. 456.
[3]) ME Mayer VDB I S. 456; Frank § 113 VI, 1; Olshausen § 113, 21; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 6; Hälschner II S. 813.
[4]) RG 4, 376.

genügt.[1]) Allein schon die Grenze zwischem aktivem und rein passivem Verhalten ist umstritten. Man wird jedoch mit ME Mayer[2]) den passiven Widerstand am besten und treffendsten „als diejenige Verteidigung, in der nur ein Ungehorsam und kein Angriff liegt", charakterisieren können. Wenn das Reichsgericht[3]) das auf dem Boden Liegenbleiben des zu Verhaftenden als passiven Widerstand ansieht, dagegen[4]) das sich mit allen Kräften gegen den Boden Stemmen dann als aktiven Widerstand fasst, wenn dadurch der Beamte erheblich grössere Aufwendung von Körperkräften nötig hat als zur blossen Ueberwindung der nur in der Körperschwere liegenden Erschwerung der Fortschaffung nötig gewesen sein würde, so kann diese Unterscheidung nicht ganz ohne Bedenken hingenommen werden; sollte es für die Strafbarkeit denn einen Unterschied machen, dass der zu Verhaftende zufällig 2 Zentner schwer ist und seine Fortschaffung eben durch blosses Liegenbleiben vereiteln kann, während der nur 1 Zentner schwere Delinquent gezwungen ist, den ihm fehlenden Zentner durch Festhalten am nahen Gitter oder Laternenpfahl zu ersetzen? In beiden Fällen handelt es sich doch eben nur um einen Ungehorsam des zu Verhaftenden in der Richtung, dass er einen die Fortschaffung unmöglich machenden Zustand nicht freiwillig aufhebt. In beiden Fällen handelt es sich daher um passiven Widerstand.

Auch darüber, inwieweit sich die Gewalt gegen die Person des Beamten richten müsse, ist man sich nicht einig. Binding[5]) geht schon sehr weit, wenn er sagt: „ich bin auch nicht einen Augenblick zweifelhaft, dass Gewalt vorliegt, wenn der Täter die Tür verrammelt, durch die der Beamte eintreten will". Man wird dieses Tun jedoch nach oben Ausgeführtem ähnlich zu werten haben wie das sich Festhalten im vorgenannten Beispiel, und es als passiven Widerstand fassen können. Im Ergebnis ist daher John[6]) beizupflichten, wenn er

---

[1]) v. Jagemann (ANF 1842 S. 610/611) wollte vor Inkrafttreten des StGB auch den passiven Widerstand bestraft wissen.
[2]) VDB I S. 457.
[3]) Rechtspr. 7, 280.
[4]) RG 2, 412; in gleichem Sinn Allfeld S. 559.
[5]) Lehrb. II S. 775.
[6]) HH III S. 123 in gleichem Sinn auch Berner Lehrb. S. 389.

sagt: „Gewalt setzt voraus, dass der Widerstand, den der Beamte zu überwinden hat, nicht in sachlichen Vorkehrungen, sondern dem persönlichen Handeln des den Widerstand Leistenden gefunden werde". Welcher Mittel und Werkzeuge er sich bei seinem persönlichen Handeln bedient, kann nicht ausschlaggebend sein. Wir machen uns zusammenfassend die Formulierung des Lehrbuchs v. Liszt-Schm.[1]) zu eigen, das sich entgegen der in früheren Auflagen vertretenen weiteren Auffassung[2]) nunmehr der herrschenden Lehre[3]) angeschlossen hat: „durch Gewalt ist dem Beamten Widerstand nur geleistet, wenn die vom Täter entfaltete physische Kraft entweder unmittelbar auf den Beamten körperlich einwirkt oder sich zwar unmittelbar an Sachen auslässt, dies aber doch in solcher Weise, dass der Beamte sie selbst ebenfalls körperlich empfindet".

Ob auch die Anwendung betäubender Mittel, durch die der Täter auf den Beamten einwirkt, als Gewalt gegen den Beamten bezeichnet werden kann, ist zweifelhaft und bestritten. Binding,[4]) der mehr auf die durch das Betäubungsmittel bezweckte Herbeiführung der Handlungsunfähigkeit des Beamten abstellt, kommt zur Bejahung der Frage. Man wird sie jedoch bei unbefangener Auslegung des Wortes „Gewalt" mit der herrschenden Meinung[5]) verneinen müssen, denn weder der allgemeine Sprachgebrauch noch der des Strafgesetzbuchs, das z. B. in § 177 neben dem Nötigungsmittel „Gewalt" noch der Betäubung besonders gedenkt, lässt darauf schliessen, dass man unter „Gewalt" auch die Anwendung von Narkotika zu verstehen hätte. Man wird jedoch dem Reichsgericht[6]) dahin zustimmen müssen, dass die Anwendung von Betäubungsmitteln dann als Gewalt anzusehen ist, wenn diese dem, auf den sie wirken sollen, durch Gewalt beigebracht sind. Dass das geltende Recht hier durch Fortschritte der Wissen-

---

[1]) Lehrb. S. 792.
[2]) vgl. Lehrb. 23. Aufl. 1921 S. 586.
[3]) RG 27, 406; 45, 156; GA 37, 158; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 7 a; Olshausen § 113, 23 a; ME Mayer VDB I S. 457; Frank § 113 VI, 1 a.
[4]) Lehrb. II S. 775, desgl. Lilienthal ZStW 7, 373; Allfeld S. 383.
[5]) vgl. Ebermayer Lpz. Kom. § 113 7 a; Olshausen § 113, 23 a; Frank § 52 I, 1.
[6]) RG 56, 87; 58, 98.

schaft und Technik überholt wurde,[1]) und dass die Narkotika heute eine andere Rolle spielen als z. Zt. der Schaffung des Strafgesetzbuchs, kann und darf nicht geleugnet werden und muss auch de lege ferenda Berücksichtigung finden.

b) Bedrohung mit Gewalt. Was darunter zu verstehen sei, ist im wesentlichen unbestritten.[2]) Es ist eben die Ankündigung, man werde zur Anwendung von Gewalt in dem oben dargelegten Sinn übergehen.[3]) Diese Ankündigung erfolgt zu dem Zweck, „in dem Beamten eine die Amtshandlung hemmende Furcht vor Gewalt zu wecken".[4]) War die Bedrohung so beschaffen, dass sie diesem Zweck ernstlich dienen sollte, so kann es weder von Bedeutung sein, ob sich der Beamte durch die Drohung tatsächlich einschüchtern liess oder nicht, noch ob der Drohende die Verwirklichung der Drohung ernstlich im Sinn hatte oder nicht. Im Fall der Bedrohung mit Gewalt ist es nur nötig, dass die Androhung in der Amtsausübung erfolgte, die angedrohte Gewalt dagegen kann sich auch als eine solche darstellen, die erst nach Beendigung der Amtshandlung, etwa als Racheakt verwirklicht werden soll.[5]) Eben weil die angedrohte Gewalttat selbst zeitlich nach der Amtsausübung fallen kann, ist darunter nicht nur eine solche zu verstehen, die die Verhinderung oder Erschwerung der Amtshandlung selbst zur Folge haben, sondern jede, die dem bedrohten Beamten fühlbar werden soll.

Da Widerstand durch Gewalt und durch Bedrohung mit Gewalt gleichwertige Tatbestände sind, so erscheint hier nach herrschender Meinung[6]) alternative Feststellung im Urteil zulässig.

2) tätlicher Angriff.

Es ist schon oben dargetan, dass die Richtung des tätlichen Angriffs nicht gegen die Amtshandlung, sondern gegen einen Beamten während einer Amtshandlung zielt. Daher

---

[1]) so auch Ostberg S. 32.
[2]) vgl. ME Mayer VDB I S. 457 und Frank § 113 VI, 1 b; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 7 b; Olshausen § 113, 23 b.
[3]) vgl. Frank u. Ebermayer a. a. O.
[4]) ME Mayer VDB I S. 457 u. Frank § 113 VI, 1 b.
[5]) so auch ME Mayer VDB I S. 458.
[6]) Lpz. Kom. § 113, 7; Olshausen § 113, 21.

wird es in den meisten Fällen erst durch Beachtung von Nebenumständen, aus denen der subjektive Tatbestand sich erschliessen lässt, festgestellt werden können, ob die Handlung dem ersten oder zweiten Teil des § 113 zu subsumieren ist.[1]) Mit Recht bezeichnet ME Mayer[2]) diesen zweiten Teil des Tatbestandes der §§ 113 und 117 als eine unentbehrliche Ergänzung des ersten. „Die Autorität der Staatsgewalt, namentlich aber die persönliche Sicherheit ihrer Repräsentanten wäre zu karg geschützt, wenn die Angriffe, die sich nur gegen die Person und nicht gegen die Tätigkeit des Beamten richten, straflos blieben oder doch nur nach allgemeinen Bestimmungen strafbar wären".

Es bedarf nunmehr nur noch einer Klarstellung des vom Gesetz verwendeten Begriffs. Man kann ihn mit dem Reichsgericht[3]) dahin fassen: tätlicher Angriff ist jede „in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung" ohne Rücksicht auf ihren Erfolg. Es ist also auch die erfolglos versuchte Einwirkung darunter zu verstehen. Man kann den hier zur Darstellung gebrachten Standpunkt als den der herrschenden Lehre bezeichnen.[4])

In § 117 Abs. 2 fügt das Gesetz den bisher behandelten Tatbeständen eine Reihe gravierender Umstände zu, die teils in der besonderen Gefährlichkeit der Art des geleisteten Widerstands oder Angriffs (unter Drohung mit Schiessgewehr, Aexten oder anderen gefährlichen Werkzeugen), teils in der besonderen Gefährdung des dem Widerstand ausgesetzten, auf exponiertem Posten stehenden Forst- und Jagdbeamten bezw. Jagdberechtigten (Gewalt an der Person) zu erblicken sind. In gleicher Weise erscheinen die Tatbestände der §§ 118 und 119 wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit und ihres Zusammenhangs mit § 117 als qualifizierte Delikts-

---

[1]) so ME Mayer VDB I S. 458.
[2]) a. a. O. S. 459.
[3]) RG 59, 265.
[4]) vgl. ME Mayer VDB I S. 458 ff.; Frank § 113, VI, 2; Olshausen § 113, 25; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 8; Hälschner Lehrb. II S. 815; Allfeld S. 560; v. Streit S. 79;
a. M.: Binding Lehrb. II S. 780 und v. Liszt-Schm. S. 793, die tätlichen Angriff als gleichbedeutend mit Tätlichkeit gefasst wissen wollen.

unterarten des § 117. Auf diese gravierenden Umstände näher einzugehen, ist im Rahmen dieser Arbeit unmöglich. Nur der systematischen Vollständigkeit wegen haben sie hier Erwähnung finden müssen.

Besondere Beachtung muss noch dem § 114 StGB geschenkt werden. Der Tatbestand des § 114 ist in jeder Hinsicht weiter als der der §§ 113 und 117. Einmal dehnt er seinen Schutz auf alle Kategorien von Beamten und Behörden gleichmässig aus, während in §§ 113 und 117 nur bestimmte Kategorien geschützt sind; auch wird in § 114 nicht nur die rechtmässige Amtsausübung geschützt, sondern jede,[1]) sofern sie nur wenigstens innerhalb der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit des Beamten liegt [2]) oder wie das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung [3]) sagt, eine in das Amt einschlagende ist. Diesen Beschränkungen des Reichsgerichts muss man zustimmen, denn man kann doch von einer ausserhalb dieses Rahmens liegenden Handlung nicht mehr als von einer Amtsausübung reden. Während § 113 nur die Einwirkung auf den Beamten mit Strafe bedroht, welche als eine Erschwerung der Vornahme oder eine Verhinderung der Amtshandlung erscheint und nur soweit sie zeitlich mit der Amtshandlung zusammenfällt, bedroht § 114 auch die Nötigung zur Vornahme einer Amtshandlung mit Strafe und lässt die zeitliche Begrenzung fallen, sodass im Gegensatz zu § 113, der eine schon begonnene Amtshandlung voraussetzt, sich § 114 auch auf eine zukünftige beziehen kann [4]) und meist auch beziehen wird.

Die strafbare Handlung des § 114 besteht in dem Unternehmen,[5]) einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen. Nötigen bedeutet: Versetzen in eine Notlage, die die Behörde oder den Beamten zur Vor-

---

[1]) ME Mayer VDB I S. 462 sagt treffend: „ein Weg ist verboten, nicht ein Ziel".
[2]) so RG 18, 350.
[3]) so in RG 54, 152 (163).
[4]) vgl. Frank § 114 I; Ebermayer Lpz. Kom. § 114, 3; Olshausen § 114, 2 und dort Zit.
[5]) vgl. unten § 11.

nahme oder Unterlassung einer Amtshandlung veranlasst [1]) oder zwingt.[2])

Wie beim Widerstand, so sind auch hier die Nötigungsmittel beschränkt, im Verhältnis zu § 113 jedoch erweitert. Als solche kommen in Betracht:

a) Gewalt (in dieser Beziehung kann auf das oben bei § 113 Ausgeführte verwiesen werden).

b) Drohung. Während im Tatbestand des allgemeinen Nötigungsdelikts des § 240 StGB Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen, in § 113 Bedrohung mit Gewalt verlangt wird, genügt zum Tatbestand des § 114 Drohung schlechthin, also mit irgend einem Uebel, sogar einem solchen, dessen Zufügung erlaubt ist;[3]) es genügt also Drohung mit der Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen, mögen diese persönliche oder allgemeine, die amtliche Wirksamkeit betreffende sein.[4]) Mit Recht hat ME Mayer [5]) für das kommende Strafgesetzbuch eine Beschränkung nach dem Vorbild der §§ 113 oder 240 des geltenden Rechtes gewünscht. Ein Blick in die umfangreiche Rechtsprechung [6]) über diese Frage zeigt die uferlosen Möglichkeiten dieses zu allgemein gefassten Begriffs.

Wenn wir nun die Tatbestände der §§ 113 und 117 einerseits und den des § 114 andererseits vergleichen, so erkennen wir, dass der Widerstand gegen die rechtmässige Amtsausübung zugleich Nötigung zu ihrer Hemmung oder Unterlassung ist,[7]) und somit die Beamtennötigung im Verhältnis zum Widerstand gegen die Funktionäre der Staatsgewalt als Gattungsdelikt erscheint. Diese Ansicht kann entgegen der von

---

[1]) Ebermayer Lpz. Kom. § 114, 2.

[2]) Diese Ergänzung erscheint notwendig, da es Nötigungsfälle gibt — vgl. Frank § 114 I —, bei denen von „Veranlassung" keine Rede mehr sein kann, weil dem Beamten gar keine andere Möglichkeit mehr übrig bleibt.

[3]) RG 54, 152 (163); 55, 37; 60, 343.

[4]) vgl. v. Liszt-Schm. Lehrb. S. 793; in gleichem Sinne Frank § 114 III, 2; Ebermayer Lpz. Kom. § 114, 2; Olshausen § 114, 3 b.

[5]) VDB I S. 464/465.

[6]) vgl. Kommentare: Lpz. Kom. § 114, 2; Olshausen § 114, 3 b; Frank § 114 III, 2.

[7]) so auch Binding Lehrb. II S. 774.

v. Liszt-Schm.[1]) vertretenen als die der herrschenden Lehre bezeichnet werden.[2]) Mag man auch v. Liszt-Schm. in der Theorie nicht folgen, soviel ist ihm zuzugeben, dass die herrschende Lehre zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangt, wie wir noch näher bei Behandlung der Strafrahmen und Konkurrenzfragen erkennen werden, und deren Vermeidung zweifellos Aufgabe des neuen Strafgesetzbuches sein muss, nach geltendem Recht aber, wie Allfeld[3]) richtig betont, nicht durchschlagend sein können.

Fragt man mit Binding[4]) nach dem legislatorischen Bedürfnis zur Ausscheidung des Widerstandes aus der Beamten- und Behördennötigung, so muss man solches durchaus verneinen, auch hier ist de lege ferenda eine Vereinfachung am Platze.

Interessant und aufschlussreich für die geradezu unverständliche Reihenfolge der Delikte im 6. Abschnitt unseres geltenden Strafgesetzbuchs ist die von Binding[5]) getroffene Feststellung, dass es gerade für die deutsche und französische Gesetzgebung charakteristisch ist, dass nicht das Gattungsdelikt, sondern die Unterart die Führung übernimmt; dies hat zur Folge, dass das Gattungsdelikt in einer Anzahl älterer Gesetzbücher ganz verschwindet, und soweit es bestehen bleibt, stets hinter dem Widerstand die zweite Stelle erhält. Das war so im württembergischen Strafgesetzbuch von 1839 in Art. 171 und ist noch so in unserem geltenden Recht.

b) Die strafbaren Handlungen in den Entwürfen.

Die Interessen, denen der Schutz der §§ 113, 114 und 117 bis 119 galt, sind auch in den Entwürfen die gleichen geblieben. Die Tatbestände dieser Paragraphen des geltenden Rechts sind daher teils in die Entwürfe übergegangen, teils in ihnen verarbeitet worden. Der Kreis der durch die Ent-

---

[1]) Lehrb. S. 793.
[2]) so ME Mayer VDB I S. 463; Binding a. a. O. S. 783; Allfeld S. 560 N. 20; RG 31, 3; 34, 113; Frank § 114 I und dort Zit.
[3]) a. a. O.
[4]) a. a. O. S. 752.
[5]) Lehrb. II S. 752/753.

würfe geschützten Rechtssubjekte ist schon oben [1]) eingehend zur Darstellung gebracht, sodass hier nur noch die strafbare Tätigkeit als solche zu behandeln übrig bleibt.

Gegenüber dem geltenden Recht kann gerade in diesem Bereich manch erfreulicher Fortschritt festgestellt werden.

Schon der Vorentwurf hat die §§ 113, 114, 117—119 StGB in seinem § 126 zusammengefasst und damit schon äusserlich dem inneren Zusammenhang, der zwischen diesen Vorschriften besteht, im Gegensatz zu unserem Strafgesetzbuch Rechnung getragen; es mag allerdings der Tatbestand dieses § 126 durch die Fülle des Stoffs etwas zu umfangreich, oder wie Binding [2]) sagt, schwerfällig geworden sein; spätere Entwürfe haben ihn zweckmässig wieder in mehrere Paragraphen aufgelöst.

Die enge Zusammenfassung vor allem der Vorschriften der §§ 113 und 114 musste zu einer klaren Scheidung der bisher in ihrem Verhältnis zueinander undurchsichtigen Vorschriften führen. Der Vorentwurf folgte der herrschenden Meinung, der wir uns oben angeschlossen haben, und sah in dem „Widerstandsdelikt des bisherigen § 113 StGB, von dem „tätlichen Angriff" abgesehen, nur einen Unterfall des § 114 StGB".[3]) Der Begriff des „Widerstandleistens" ist deshalb aus dem neuen Paragraphen gestrichen und neben den tätlichen Angriff nur die Nötigung zur Vornahme oder die Hinderung [4]) an der Vornahme einer Amtshandlung gestellt worden. Allein die Zweiteilung in Nötigung und tätlichen Angriff, die schon in § 113 und 117 StGB uns entgegentritt, musste, wie noch dargetan werden wird, beibehalten werden und hat sich auch durch alle Entwürfe hindurch bis zum neuesten Stand der Strafrechtsform unverändert erhalten.

---

[1]) II. Teil I. Abschn. A, b.
[2]) GS 77 S. 9 N. 1.
[3]) VE Begr. S. 465.
[4]) dadurch, dass alle Entwürfe (mit Ausnahme des GE, der die Fassung des § 114 StGB wählte) von Hinderung einer Amtshandlung im Gegensatz zur Nötigung zu einer solchen reden, ist die Streitfrage des geltenden Rechts, ob der Widerstandleistende es auf völlige Verhinderung der Amtshandlung oder nur deren Hinderung, also Erschwerung abgesehen haben müsse, schon durch die Wortfassung glücklich gelöst (so auch Ostberg S. 52).

a) Nötigung zur Vornahme oder Hinderung an der Vornahme einer Amtshandlung. Während § 114 StGB jede Nötigung zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung, gleichgültig ob diese rechtmässig war oder nicht, mit Strafe bedroht, macht § 126 VE in letzterem Fall (Nötigung zur Unterlassung) die Strafbarkeit davon abhängig, dass die Hinderung einer rechtmässigen Amtshandlung galt, und begründet diese Unterscheidung damit, dass im ersteren Fall (Nötigung zur Vornahme) das angewendete Mittel strafwürdig,[1]) in letzterem Fall eine gegen eine rechtswidrige Amtshandlung ankämpfende Widerstandstat nicht rechtswidrig und deshalb nicht strafbar sei.[2]) Diese Regelung, die von allen Entwürfen (mit Ausnahme des GE) gewählt wurde, kann gebilligt werden. Die von ME Mayer [3]) vorgeschlagene, vom Gegenentwurf § 135 befolgte und besonders von Höpler [4]) und Ostberg [5]) begrüsste Regelung dahin, dass auch die Nötigung zur Vornahme einer Amtshandlung nur dann pönalisiert werden solle, wenn sie die Vornahme einer rechtswidrigen Amtshandlung zum Ziel habe, erscheint nicht so ganz unbedenklich. Während die Nötigung zur Unterlassung einer rechtswidrigen Amtshandlung ihre Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Notwehr finden kann, scheidet dieser Gesichtspunkt bei der Nötigung zur Vornahme einer Amtshandlung aus; wollte man aber durch die Fassung des Gesetzes auch ein faktisches Nötigungsrecht gegenüber Beamten und Behörden zur Vornahme rechtmässiger Amtshandlungen schaffen, so würden unzählige ungerechtfertigte Eingriffe Privater in den Verwaltungsapparat zu befürchten sein, die dessen von dem Privaten notwendig unabhängiges Funktionieren gefährden müsste. Selbst die Begründung zum Gegenentwurf [6]) muss Goldschmidt [7]) zugeben, dass die von ihr vorgeschlagene Neuerung nur von geringer praktischer Bedeutung sei. Wenn sie nunmehr als Hauptstütze für ihre Ansicht

---

[1]) VE Begr. S. 466.
[2]) VE Begr. S. 467.
[3]) VDB I S. 498 u. 509.
[4]) Reform 1926 S. 261.
[5]) S. 54.
[6]) GE Begr. S. 171.
[7]) Reform 1910 II S. 53 N. 2.

ins Feld führt, es sei doch unbillig „in gleicher Weise den zu bestrafen, der sich sein gutes Recht erzwingt und den, der den Beamten zu einer dem Rechte zuwiderlaufenden Handlung nötigt", so muss man demgegenüber feststellen, dass für diese verschiedene Interessenlage schon der Vorentwurf [1]) Verständnis zeigte, nur hat er diesen Unterschied nicht im Tatbestand selbst, sondern bei der Strafzumessung zur Geltung kommen lassen wollen; und diese Regelung kann als befriedigend bezeichnet werden. Demgegenüber muss die neueste Fassung, wie sie in den Beschlüssen des Reichstagsausschusses [2]) und den deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen [3]) gewählt wurde, wieder als bedauerlicher Rückschritt angesehen werden; sie streichen, wie schon oben dargetan, den Begriff der Rechtmässigkeit vollständig und lassen damit jede verschiedene Behandlung der Nötigung zu einer Amtshandlung und der Verhinderung an einer solchen fallen. Der höchst unklare Abs. 3 des eingeschobenen § 149 a, der nur als unvollkommener Ersatz des eliminierten Begriffs „rechtmässig" fungieren kann, ist überhaupt nicht dazu geeignet, eine begriffliche Unterscheidung in dem von uns oben gewünschten Sinne herbeizuführen.

Wie im geltenden Recht, so erfüllt auch in den Entwürfen nicht jede Nötigung schlechthin den strafbaren Tatbestand, sondern nur eine solche, die mit bestimmten Mitteln erfolgt. Als solches Mittel ist in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht das der Gewalt in sämtlichen Entwürfen und Beschlüssen wiedergekehrt. Dieser Begriff hat jedoch insofern eine Erweiterung erfahren, als darunter nunmehr gemäss § 12 Ziff. 4 VE — entgegen der Auslegung dieses Begriffs seitens der herrschenden Lehre hinsichtlich des geltenden Rechts — „auch die Versetzung in einen Zustand der Bewusstlosigkeit oder Widerstandsunfähigkeit durch hypnotische oder narkotische oder ähnliche Mittel" zu verstehen ist. Während die Entwürfe bis einschliesslich Kommissionsentwurf im wesentlichen bei dieser Definition bleiben, vermeiden die späteren Entwürfe und die folgenden Beschlüsse den Ausdruck

[1]) VE Begrdg. S. 466.
[2]) Zusammenstellung S. 86.
[3]) Zusammenstellung S. 87.

„ähnliche Mittel", der gewählt wurde, damit die Definition „nicht etwa durch Fortschritte der Wissenschaft oder Technik überholt" [1]) werde und fassen die ganze Legaldefinition allgemeiner. Die neueste Fassung des Entwurfs 27,[2]) die unverändert beibehalten wurde, mag dies erläutern: unter Gewalt im Sinne dieses Gesetzes ist zu verstehen „auch die Anwendung der Hypnose oder eines betäubenden oder berauschenden Mittels, um jemand gegen seinen Willen bewusstlos oder widerstandsunfähig zu machen". Damit hat sich eine im geltenden Recht fühlbar gewordene Lücke zur Zufriedenheit geschlossen, eine Streitfrage des geltenden Rechts ist gelöst. Wenn die Entwürfe die Forderung Wachs,[3]) der die Partialdefinition des Begriffs „Gewalt" als nicht ausreichend erachtet, und demgemäss eine Generaldefinition verlangt, nicht gefolgt sind, so ist das nicht zu bedauern, da sich nach Lösung obiger Streitfrage eine allgemeine Definition nicht mehr als unbedingt nötig erweist.

Neben der Gewalt kennt der § 114 StGB noch das Nötigungsmittel der Drohung schlechthin. Dass in dieser Beziehung eine Einschränkung wünschenswert erscheint, ist schon dargetan, und die Entwürfe haben auch mit Ausnahme des Entwurfs 27,[4]) der zu der Fassung des § 114 StGB bedauerlicherweise [5]) zurückgekehrt ist,[6]) diesem Wunsche entsprochen. Die Entwürfe bis einschliesslich Entwurf 19 haben nur „Drohung mit Gewalt" als Nötigungsmittel dem der „Gewalt" an die Seite gestellt. Die Begründung zum Vorentwurf [7]) führt dazu aus: „wenn auch der Tatbestand des bisherigen § 114 StGB („Gewalt oder Drohung") dadurch insofern ein engerer wird, als jetzt nicht mehr allgemein jede Drohung

---

[1]) so VE Begr. S. 22.
[2]) E 27 § 9 Ziff. 6.
[3]) Reform 1910 I S. 19.
[4]) E 27 § 149.
[5]) wenigstens in § 149 im Gegensatz zu § 151 (Widerstand gegen Wald-, Forst- und Fischereiberechtigte), wo er „Drohung mit Gewalt" beibehalten hat.
[6]) mit der Begr. (E 27 Begr. S. 84) es können auch Drohungen mit wirtschaftlichem Nachteile, namentl. in politisch bewegten Zeiten dazu benutzt werden, um auf die Entscheidung eines Amtsträgers einen unzulässigen Druck auszuüben.
[7]) VE Begr. S. 466.

genügt, sondern eine Drohung mit Gewalt gefordert wird, so erscheint dies für die staatlichen Interessen unschädlich und im übrigen angemessen. Denn nur die Drohung mit Gewalt kommt der wirklich geübten Gewalt so nahe, dass ihre Gleichstellung mit dieser sich empfiehlt, für andere Fälle von Drohungen reicht der allgemeine Nötigungsparagraph aus".

Der Entwurf 1925 hat anstelle der „Drohung mit Gewalt" die „gefährliche Drohung" gesetzt und durch eine Legaldefinition in § 11 Ziff. 7 erkennen lassen, dass dieser Begriff auch die „Drohung mit Gewalt" umfasse und noch wesentlich über sie hinausgehe.

Diesem Beispiel des Entwurf 25, das der Entwurf 27 völlig negierte, folgten indes wieder die Beschlüsse der Reichstagsausschüsse erster [1]) und zweiter [2]) Lesung, sowie die der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen.[3]) Sie verlangen ebenfalls eine „gefährliche Drohung". Während nun die Beschlüsse des Reichstagsausschusses in erster Lesung [4]) (eine zweite darüber hat noch nicht stattgehabt) in § 9 Ziff. 6 a auch noch den Begriff der Drohung besonders definieren und den der gefährlichen Drohung in § 9 Ziff. 7 folgen lassen, ist sowohl von deutscher als von österreichischer Seite [5]) eine Fassung in Aussicht genommen worden, die eine besondere Definition der Drohung vermeidet und die gefährliche Drohung in § 9 Ziff. 7 beinahe im Einklang mit § 11 Ziff. 7 E 25 definiert als „eine Drohung mit Gewalt, mit einem Verbrechen oder Vergehen, mit einer Strafanzeige oder mit Offenbarung einer Tatsache, die geeignet ist, den Ruf zu gefährden, gleichviel ob das angedrohte Uebel den Bedrohten selbst oder einen andern treffen soll".[6]) Die in dieser Formulierung liegende Einschränkung der Drohung als Nötigungsmittel im Tatbestand der Beamtennötigung kann man begrüssen. Sie steckt einerseits dem ufer-

---

[1]) vgl. Zusammenstlellung S. 86.
[2]) vgl. Kohlrausch Zusammenstellung S. 148.
[3]) vgl. Zusammenstellung S. 87.
[4]) vgl. Zusammenstellung S. 6.
[5]) vgl. Zusammenstellung S. 7.
[6]) der einzige Unterschied zu E 25 liegt darin, dass dieser im letzten Satz anstatt „oder einen andern treffen soll" die engere Fassung „oder einen seiner Angehörigen treffen soll" gewählt hat.

losen Begriff der „Drohung schlechthin" Grenzen, vermeidet aber andererseits die zu enge Begrenzung, die in dem Begriff der „Drohung mit Gewalt" geschaffen war.

b) Tätlicher Angriff. Die sachliche Regelung dieses zweiten Teils des Widerstandstatbestandes ist in sämtlichen Entwürfen dieselbe wie im geltenden Strafgesetzbuch geblieben. Die teilweise abweichende Wortfassung in den einzelnen Entwürfen ändert daran nichts. Trotz der Einbeziehung des Widerstands in den allgemeinen Tatbestand der Beamtennötigung musste der „tätliche Angriff" im Tatbestand beibehalten werden, „da ein solcher Angriff zwar oft eine Widerstandsleistung und Nötigung zugleich enthalten wird, diese aber nicht notwendig zu enthalten braucht. Es sind auch tätliche Angriffe denkbar, deren Ziel nicht die Abhaltung von der Amtshandlung ist. Solche Angriffe werden daher durch die gegen die Nötigung gerichtete Strafbestimmung nicht vollkommen gedeckt".[1])

Der tätliche Angriff, der aus den Tatbeständen der §§ 113 und 117 in den im Vorentwurf allgemein gefassten Nötigungsparagraphen herübergenommen werden musste, kann seine Herkunft nicht ganz verleugnen. Wenn auch der Vorentwurf § 126 hinsichtlich der Nötigung den Vollstreckungsbeamten nicht mehr aus dem Kreis der übrigen Beamten heraushebt, hinsichtlich des tätlichen Angriffs behält er die Unterscheidung bei, da nach seiner Ansicht nur die Vollstreckungsbeamten dieses besonderen Schutzes bedürfen, „alle anderen Beamten können gegen Angriffe, welche nicht ihrer Amtshandlung, sondern nur ihnen persönlich gelten, in den übrigen Strafgesetzen genügenden Schutz finden".[2]) Diese Regelung hat auch noch der Gegenentwurf beibehalten. Ein der Strafrechtskommission bei erster Lesung vorgelegter Antrag, den Schutz gegen tätlichen Angriff auf alle Beamten zu erstrecken, ist abgelehnt worden;[3]) in zweiter Lesung wurde er dagegen angenommen.[4]) Die für diese Ausdehnung vorgebrachten Gründe,[5]) nicht nur der Vollstreckungsbeamte, sondern jeder

[1]) VE Begr. S. 467.
[2]) VE Begr. S. 468.
[3]) vgl. Protokolle 97. Sitzung S. 2.
[4]) vgl. Protokolle 247. Sitzung S. 8.
[5]) vgl. Protokolle 247. Sitzung S. 7/8.

Beamte habe einen Anspruch darauf, dass der Staat ihn gegen tätliche Angriffe während der Amtsausübung schütze, sowie die durch die Erweiterung erzielte Vereinfachung der Fassung des Nötigungsparagraphen und die Beseitigung des Begriffs des Vollstreckungsbeamten, der in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet habe, waren schwerwiegender als die vom Vorentwurfe für die Gegenansicht ins Feld geführten. Die Regelung des Kommissionsentwurfs, der nunmehr allen Beamten gleichmässig den Schutz vor tätlichen Angriffen gewährleistet, ist auch von den folgenden Entwürfen ausnahmslos beibehalten worden.

Was die in § 117 Abs. 2, §§ 118 und 119 des geltenden Rechts aufgezählten gravierenden Umstände anlangt, so sind sie im Vorentwurf in § 126 Abs. 3 auf eine allgemeinere Formulierung gebracht und glücklich „von der ihnen anhaftenden Kasuistik befreit worden".[1]) Vom Entwurf 19 ab werden sie vom Deliktstatbestand abgetrennt und erhalten in einem gesonderten Paragraphen unter der Ueberschrift „Schwerer Widerstand" ihre gesonderte Stelle. Die Formulierung des § 152 E 27, die vorerst als Endpunkt der Entwicklung erscheint, soll hier beigefügt werden: „Hat der Täter bei einem nach den §§ 149—151 strafbaren Widerstand einen andern durch eine Gewalttat in ernste Gefahr für Leib oder Leben gebracht, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter einem Monat, in besonders schweren Fällen Zuchthaus bis zu 5 Jahren".

[1]) Goldschmidt, Reform 1910 II S. 45.

II. Abschnitt.

Der subjektive Tatbestand.

§ 10

Der Vorsatz.

a) im geltenden Recht.

Die Fahrlässigkeit wird im geltenden Recht nur in einer beschränkten Anzahl von Fällen bestraft, in denen das Gesetz entweder die Strafe ausdrücklich an die fahrlässige Begehung knüpft oder der Zusammenhang erkennen lässt, dass ausser dem vorsätzlichen auch das fahrlässige Handeln strafbar sein soll.[1]) Dies ist aber weder bei § 113 und 117 noch bei § 114 StGB zutreffend, sodass in diesen Fällen nur vorsätzliche Begehung die Strafbarkeit begründen kann.

Aufgabe dieser Arbeit kann es nun aber nicht sein, zu den mannigfaltigen Vorsatzlehren Stellung zu nehmen, es muss hier genügen, den Vorsatzbegriff der herrschenden Lehre, den wir für den richtigen halten, unseren Ausführungen zugrunde zu legen und von ihm aus zu den besonderen Streitfragen Stellung zu nehmen, die sich an die hier behandelten Tatbestände angeschlossen haben.

Vorsatz ist „der bewusste Ungehorsam gegen den Willen der Rechtsordnung" oder „das Wollen eines Erfolgs mit dem Bewusstsein seiner Rechtswidrigkeit", oder konkret gefasst: „vorsätzlich handelt, wer die rechtswidrige Tat als solche mit

---

[1]) so Allfeld S. 182/183 und die herrschende Lehre.

Wissen und Willen ausführt".[1]) Besonders aus der letztgenannten Fassung sind deutlich die Wesenselemente des Vorsatzes ersichtlich: Wissen und Wollen. Beide beziehen sich auf die rechtswidrige Tat und damit auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale, die eben in ihrer Zusammenfassung als die rechtswidrige Tat erscheinen. Hier liegt die Wurzel der viel erörterten und nicht zur Ruhe kommenden Streitfrage, ob die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in den Tatbeständen der §§ 113 und 117 als objektives Tatbestandsmerkmal zu fassen sei und daher vom Bewusstsein des Täters umfasst sein müsse, beim Mangel dieses Bewusstseins aber § 59 StGB eingreife und die Strafbarkeit ausschalte, oder ob sie lediglich den Charakter einer den Vorsatz nicht berührenden Strafbarkeitsbedingung habe.

Ehe wir jedoch auf die Streitfrage eingehen, muss der Vollständigkeit wegen eine unumstrittene Feststellung, die nicht nur für die §§ 113 und 117, sondern auch für den § 114 Geltung hat, dahin getroffen werden, dass zum Vorsatz des Täters das Wissen erforderlich ist, einer der in den §§ 113, 114 und 117 aufgezählten Personen gegenüber zu stehen und zwar zu einer Zeit, da diese sich in Ausübung ihres Amtes oder Rechtes befindet.[2]) Erst wenn das Wissen des Täters über diese primären Tatbestandsmerkmale festgestellt ist, drängt für die §§ 113 und 117 oben genannte Streitfrage zur Erörterung und Beantwortung, die sie nunmehr auch hier erfahren soll.

Das Reichsgericht hat sich in ständiger Rechtsprechung[3]) zu der Ansicht bekannt, dass die „Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Tatbestand des § 113 nur Strafbarkeitsbedingung und nicht Tatbestandsmerkmal sei. Der einzige Grund,[4])

---

[1]) in diesem Sinne Schoetensack, Binding, Olshausen u. a.

[2]) im Sinn ebenso Binding Lehrb. II S. 755/756 u. S. 778, sowie S. 786 bis 787; ebenso die Kommentare: Olshausen, Lpz. Kom. u. Frank zu den entsprechenden Paragraphen, sowie RG 55 S. 166.

[3]) vgl. die bei Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 15 reichlich zitierten Entscheidungen; auch im neuesten 64. Bd. (1931) S. 74 ff. hat sich das RG ausdrücklich nochmals zu dem Standpunkt der früheren Entscheidungen, insbes. RG 60, 342 u. 55, 166 bekannt.

[4]) die Berufung auf die Entstehungsgeschichte ist, wie Rosenberg ZStW 23, 225 mit Recht sagt, durchaus unbegründet; es liesse sich eher noch

den das Reichsgericht für seine Stellung ins Feld führen kann, ist staats- und kriminalpolitischer Natur und geht dahin,[1]) die staatliche Autorität erfordere es, dass einer rechtmässigen Amtsausübung der Betroffene sich unbedingt unterwerfe; „diese Autorität würde in hohem Grade erschüttert werden, wenn Widerstandleistende Straflosigkeit dadurch erlangen könnten, dass sie dartun, an die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht geglaubt, sondern darüber im Irrtum sich befunden zu haben".[2]) Diese Ansicht des Reichsgerichts haben jedoch nur wenige [3]) in der Literatur geteilt, sie ist auch schon frühzeitig [4]) energisch bekämpft worden und steht noch heute mit der herrschenden Meinung [5]) auf Kriegsfuss.

Gegen die aus Zweckmässigkeitsgründen geborene Interpretation des Reichsgerichts spricht schon der klare Wortlaut des Gesetzes, der das Erfordernis der Rechtmässigkeit nicht etwa dem objektiven Tatbestand in einem Bedingungssatz hinzugefügt hat, wie er das regelmässig [6]) tut, wenn er eine objektive Strafbarkeitsbedingung aufstellen will, sondern es ganz unabgesondert mitten in die objektiven Tatbestandsmerkmale hineingestellt hat; der Ausdruck „rechtmässig" soll eben die Amtsausübung besonders charakterisieren und

---

das Gegenteil der vom RG vertretenen Ansicht aus der Entstehungsgeschichte des § 113 nachweisen; denn es geht wirklich nicht an, die Worte eines Redners zur Auslegung einer erst später, und nicht einmal von seiner Seite, vorgeschlagenen und debattelos angenommenen Fassung des Gesetzes zu verwenden (in diesem Sinn auch Ostberg S. 37).

[1]) RG 2 S. 423 ff. RG. 20 S. 156 ff.

[2]) so RG 20 S. 158.

[3]) so Bolze GA 23, S. 394; etwas abweichend in der Begründung Hiller Rechtmässigkeit S. 73 (jedoch eingeschränkt in GS 27, S. 14 ff.); Neumann GA 22 S. 224; Ebermayer Lpz. Kom. § 113, 15 begnügt sich mit der Darstellung des Standpunkts des RG; ob er ihn selbst teilt, erscheint zweifelhaft.

[4]) so schon von Binding Normen 2 (aber erste Aufl. 1877) S. 587 ff. u. v. Mohl Gesch. u. Lit. I S. 320 ff.

[5]) Olshausen § 113, 28; Frank § 113 VII; Binding Lehrb. II S. 778; v. Liszt-Schm. S. 792; Hälschner II S. 815; ME Mayer VDB I S. 455; Allfeld S. 559; Mersmann S. 118 ff.; Rosenberg ZStW 23, S. 225 und 229; v. Streit S. 109; Wachenfeld S. 557; Guggenheimer S. 38; Flesch S. 110 ff.; Ostberg S. 36.

[6]) vgl. §§ 139, 170, 172, 186, 210 StGB.

zu solcher Charakterisierung kann der Gesetzgeber alles heranziehen; es kann ihm, wie Beling [1]) mit Recht ausführt, niemand verwehren, rechtliche Beziehungen zur Typenbildung zu benutzen (z. B. „fremde" Sache in § 242, „rechtmässige" Amtsausübung in § 113 usw.). „Solange ihm diese nur dazu dienen, das gemeinte Verhalten im Sinn der betreffenden Deliktsart zu umgrenzen, behalten sie ihre „beschreibende Funktion".[2]) Da nun das „rechtmässig" unzweifelhaft nur ein die Amtsausübung näher beschreibendes Attribut ist, so muss es wie diese selbst zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen gerechnet werden und kann nicht gesonderter Beurteilung unterfallen.

Die Stellung des Reichsgerichts entspricht, wie Ostberg [3]) mit Recht sagt, unzweifelhaft den Forderungen einer gesunden Kriminalpolitik und einem geordneten Staatswesen. Es ist in der Tat nicht wünschenswert, dass der Bürger dem in rechtmässiger Amtsausübung befindlichen Beamten seine eigene, wenn auch irrtümliche Meinung ungestraft soll entgegensetzen dürfen, und das ist nach geltendem Recht im Sinn der von uns befürworteten Interpretation der herrschenden Lehre möglich, denn befindet sich der Bürger im Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, so entfällt gemäss § 59 StGB seine Strafbarkeit, da er „das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören".

Alle diese kriminalpolitischen Erwägungen sind de lege ferenda wohl beachtlich, können aber de lege lata, da sie im offenbaren Widerspruch zum Sinn und Wortlaut des Gesetzes stehen, keine Berücksichtigung erfahren. Will man nicht den festen Boden, der gerade im Strafrecht besonders notwendig erscheint, unter den Füssen verlieren, so muss man sich an die von Guggenheimer [4]) vollständig zu Recht aufgestellten zwei Grundsätze halten: a) Ist der klar ausgesprochene Wille des Gesetzgebers mit Rücksicht auf politische oder andere, ja selbst strafrechtliche Erwägungen noch so unrichtig zu nen-

[1]) Lehre v. Tatbestand S. 10.
[2]) Beling a. a. O.
[3]) S. 38.
[4]) S. 37.

nen und von noch so schädlichen Folgen begleitet, er bleibt Gesetz und es dürfen demselben keine diese Folgen vermeidende Deutungen gegeben werden. b) Ausserhalb des Strafrechts liegende Momente haben nicht die Kraft, die Anwendung der Grundlehren auszuschliessen.[1])

Die Stellung des Reichsgerichts zu der behandelten Streitfrage ist, wie Binding[2]) mit Recht sagt, „ein Beweis dafür, was eine in Vorurteilen befangene Praxis in Missdeutung eines ganz klaren Gesetzes leisten kann".

Zusammenfassend können wir in Uebereinstimmung mit Binding[3]) feststellen: da nur die rechtmässige Amtshandlung Gehorsam fordert, der § 113 zweifellos nur den vorsätzlichen, rechtswidrigen Widerstand treffen will, ist das Bewusstsein der Rechtmässigkeit der Amtshandlung conditio sine qua non für den Widerstandsvorsatz.

Nur einer Konsequenz der reichsgerichtlichen Ansicht muss hier noch gedacht werden, die mit unseren früheren Ausführungen nicht im Einklang steht. Wir haben früher das de facto anerkannte Widerstandsrecht gegen unrechtmässige Amtsausübung als einen Fall des Notwehrrechts bezeichnet. Wenn nun der Täter im irrigen Glauben, der Beamte handle nicht in rechtmässiger Amtsausübung und somit widerrechtlich, den durch den Beamten erfolgenden Angriff abwehrt, so handelt er in Putativnotwehr, die nach allgemeiner Ansicht[4]) den Vorsatz ausschliesst und damit unserem Fall die Strafbarkeit, da ja nur vorsätzliche Begehung unter Strafe gestellt ist. Hier wäre, wie Binding[5]) mit Recht sagt, de lege ferenda die Frage genauer zu erörtern, ob nicht bei Unentschuldbarkeit des Irrtums die Bestrafung wegen fahrlässigen Widerstandes eintreten sollte. Im Gegensatz zu dieser von uns vertretenen Ansicht kommt das Reichsgericht, das

---

[1]) dieser letzte Satz wendet sich hauptsächlich gegen RG 2 S. 423 ff., die ausführt, § 59 greife nicht Platz, „wo dessen Nichtanwendung als Wille des Gesetzgebers auch ohne ausdrücklichen Ausspruch desselben sich ergibt" ähnlich RG 20, 156.

[2]) Lehrb. II S. 779.

[3]) Lehrb. II S. 779.

[4]) Olshausen § 59, 25 d und dort zit. Reichsgerichtsentscheidungen; Ebermayer Lpz. Kom. § 53, 8; Frank § 53 III, 2.

[5]) a. a. O. S. 780 N. 3.

ja die Rechtmässigkeit zu einer objektiven Strafbarkeitsbedingung stempelt und somit nicht verlangt, dass sich der Täter darüber irgend eine bestimmte Vorstellung gemacht haben müsse, zu dem Ergebnis, dass irrtümliche Annahme, die Amtsausübung sei rechtswidrig, für den Vorsatz des Täters nicht von Bedeutung sei. „Daraus folgt von selbst, dass der Einwand der „Putativnotwehr" nicht auf einen Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung gestützt werden kann".[1])

Wir haben bisher immer nur davon geredet, dass das Bewusstsein des Täters auch die Rechtmässigkeit der Amtsausübung umfassen müsse, ohne uns über die notwendige Intensität desselben klar geworden zu sein. Wenn Guggenheimer[2]) sich darzutun bemüht, dass Ausübung des Amts und rechtmässige Ausübung desselben identisch seien, und deshalb das Wissen von der Amtsausübung auch das von der Rechtmässigkeit derselben in sich schliesse, so kann dem schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil wie oben gezeigt, beide Begriffe sich nicht notwendig decken müssen. Würde man sich Guggenheimer anschliessen können, dann würde sich unsere ganze Streitfrage von selbst entscheiden. Wenn aber auf Seiten des Täters neben dem Bewusstsein von der Amtsausübung auch das von der Rechtmässigkeit derselben verlangt ist, so kann das nicht heissen, dass sich der Täter klar darüber gewesen sei, dass der Beamte sich in rechtmässiger Amtsausübung befinde. Schon früh hat Binding[3]) den heute von der herrschenden Meinung[4]) vertretenen Standpunkt eingenommen, dass der Zweifel den Vorsatz nicht ausschliesse. „Widersteht der zweifelnde Täter auf die Gefahr hin, einen Beamten in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes vor sich zu haben, oder gegen ihn kein Widerstandsrecht zu besitzen, so fällt ihm dolus eventualis zur Last. Nur die Ueberzeugung, dass dem nicht so sei, schliesst den Vorsatz und damit die Strafbarkeit aus",[5]) gleichgültig, ob

[1]) so RG 55, 166.
[2]) S. 27—29.
[3]) Normen II 1. Aufl. 1877 S. 590.
[4]) vgl. Olshausen § 113, 28; Frank § 113 VII; Hälschner II S. 816; v. Streit S. 111; Guggenheimer S. 61.
[5]) so Binding Lehrb. II S. 780.

der Irrtum, auf dem die Ueberzeugung beruht, unentschuldbar ist oder nicht.[1])

Während das Reichsgericht[2]) seinen oben für § 113 dargelegten Standpunkt auch zu Gunsten der in § 117 benannten Forst- und Jagd b e a m t e n beibehält, verlässt es ihn in eben derselben Entscheidung (S. 158) hinsichtlich der in § 117 benannten Privatpersonen und verlangt hier zum Vorsatz des Täters auch das Bewusstsein der Rechtmässigkeit der Rechtsausübung. Die Rechtmässigkeit der Ausübung des Rechts in § 117 ist nach Ansicht des Reichsgerichts als Tatbestandsmerkmal anzusprechen. Diese verschiedene Behandlung des Vorsatzes des Täters, je nachdem es sich um einen in § 117 geschützten Beamten oder Privaten handelt, ist von der herrschenden Meinung mit Recht zurückgewiesen worden.[3]) Rosenberg[4]) hat es geradezu für absolut unverständlich erklärt, warum die rechtmässige Ausübung eines Amtes in demselben Paragraphen nicht auch Tatbestandsmerkmal sein soll. Diese Verschiedenheit innerhalb desselben Paragraphen ist aber noch unverständlicher, wenn man bedenkt, dass es sogar ein und dasselbe Wort „rechtmässig" ist, das sich sowohl auf Amt wie auf Recht bezieht. Will man dem Gesetzgeber wirklich zutrauen, dass er in solcher Verkappung solch wesentlichen Unterschied hätte Gesetz werden lassen? Verneinen wir dies, und wir müssen es tun, dann trifft das Reichsgericht der vom praktischen Standpunkt aus vielleicht verzeihliche Vorwurf der Ueberschreitung seiner Kompetenz, da es sich über den Gesetzgeber gestellt hat, und der durch seine dem Wortlaut des Gesetzes widersprechende, von beachtenswerten kriminalpolitischen Erwägungen getragene Rechtsprechung geschaffene Zustand wird von ME Mayer[5]) treffend dahin charakterisiert: „es wird richtiges Recht gesprochen auf Kosten der richtigen Jurisprudenz".

---

[1]) vgl. Olshausen § 113, 28 und dort Zit.; derselbe § 59, 25 d.
[2]) RG 20, S. 156 ff.
[3]) vgl. dazu Binding Lehrb. II S. 787 N. 2: „verschiedener Dolus beim gleichen Delikt"!; weiter Guggenheimer S. 24 ff. u. S. 33 ff.
[4]) ZStrW 23, S. 229.
[5]) VDB I S. 456.

b) Der Vorsatz in den Entwürfen.

Die soeben behandelte Streitfrage des geltenden Rechts darf nicht ungelöst ins neue Strafgesetzbuch übergehen, zumal man sich im allgemeinen darüber klar ist, dass die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bisher erzielten praktischen Ergebnisse den Erfordernissen einer gesunden Kriminalpolitik entsprechen. Aufgabe der Entwürfe muss es daher sein, die Bestimmungen im neuen Gesetz so zu fassen, dass die Ergebnisse der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden können, und sich das Reichsgericht wenigstens in der Zukunft hinsichtlich dieser Frage wieder auf den Boden des Gesetzes stellen kann, ohne diesen vorher nach seinem Sinn modeln zu müssen.

Weder der Vorentwurf noch die Begründung dazu berühren die Frage, ob zum Vorsatz des Täters das Bewusstsein der Rechtmässigkeit der Amtshandlung notwendig sei oder nicht. Das musste, wie Goldschmidt [1]) mit Recht sagt, eine gewisse Enttäuschung bereiten. Die Frage ist durch den Vorentwurf in keiner Weise gelöst worden; sie ist genau dieselbe geblieben, da der Vorentwurf die vom Reichsgericht bisher herausgebildete Lehre über den Irrtum in seinem § 61 nunmehr gesetzlich festgelegt und somit auch hinsichtlich der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung" im Tatbestand des § 126 dieselbe Auslegung für die Judikatur ermöglicht hat, die schon bisher hinsichtlich des § 113 gewählt worden war. Wenn demgegenüber Kohlrausch [2]) und Goldschmidt [3]) eine genaue Stellungnahme des Gesetzes zu dieser Frage und damit eine Sicherstellung der vom Reichsgericht erfolgten Auslegung verlangen, so ist ihnen hierin zuzustimmen. Ihrem Vorschlag, im Gesetz deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass der Vorsatz das Bewusstsein der Rechtmässigkeit der Amtshandlung nicht zu umfassen brauche, hat jedoch der Gegenentwurf [4]) nicht voll entsprochen, er hat die „Rechtmässig-

[1]) Reform 1910 II S. 48.
[2]) Reform 1910 I S. 223.
[3]) Reform 1910 II S. 51/52.
[4]) GE § 135.

keit" als Tatbestandsmerkmal beibehalten; es ist jedoch durch die Legaldefinition des Begriffs „rechtmässig" in § 136 eine nicht unbedeutende Verschiebung der Frage eingetreten und die Begründung zum Gegenentwurf [1]) glaubt feststellen zu können, dass durch diesen neueingefügten § 136 die Streitfrage beseitigt sei; die Fassung dieses § 136 in Verbindung mit § 20 GE (Vorsatzdefinition) ergebe folgendes: „dem Täter muss allerdings die Vorstellung nachgewiesen werden, dass der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat; dagegen kann sich der Täter nicht mehr darauf berufen, er habe die Amtshandlung des Beamten für sachlich ungerechtfertigt gehalten". So wenig die Legaldefinition des § 136 GE unsere Billigung finden konnte, ebensowenig diese Regelung, die sich auf ihm aufbaut.

Bei der Beratung des Kommissionsentwurfs [2]) kamen nochmals in ausgedehnter Debatte die sich widerstreitenden Auffassungen und Vorschläge zur Beratung. Mit überwiegender Mehrheit [3]) sprach sich die Kommission für die Beibehaltung des Standpunkts des Reichsgerichts aus, „wonach der Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung oder die Erlaubtheit seines Widerstandes unbeachtlich ist".[4]) Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung sollte objektive Strafbarkeitsbedingung werden. Wie das aber im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden sollte, war man sich wiederum nicht einig. Nach langem Hin und Her entschied sich die Kommission [5]) dafür, das Wort „rechtmässig" zu streichen und durch einen Zusatz zum Ausdruck zu bringen, dass Strafe aus § 126 Abs. 1 VE nur dann eintritt, wenn die Ausübung des Amtes oder Dienstes rechtmässig war. Diese Regelung in § 191 KE kann man als entschiedene Stellungnahme zu unserer Streitfrage begrüssen.

Der Entwurf 19 hat sich von der Regelung des § 191 KE wieder abgewendet und einen anderen Weg eingeschlagen.

---

[1]) GE Begründung S. 173.
[2]) Protokolle 96. Sitzung S. 11 ff.
[3]) vgl. Protokolle 96. Sitzung S. 20: mit 13 zu 2 Stimmen.
[4]) vgl. Protokolle a. a. O.
[5]) vgl. Protokolle 96. Sitzung S. 29; wieder mit 13:2 Stimmen.

„Nach ihm ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 184 ein Tatbestandsmerkmal, das der Vorsatz des Täters umfassen muss, wenn aus § 184 gestraft werden soll".[1]) Bei der Regelung, die der Vorsatz in den §§ 11—12 E 19 gefunden hat, ist indes eine Auslegung, wie sie unter der Herrschaft des geltenden Rechts wenigstens möglich erscheint, ausgeschlossen. Um nun aber trotzdem zu dem wünschenswerten Ergebnis zu gelangen, schafft der Entwurf 19 in § 185 ein Korrektiv, wonach nicht nur der vorsätzlich Handelnde, sondern mit milderer Strafe auch der bestraft wird, der sich schuldhaft im Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung befand. Wenn man auch das Endergebnis dieser Regelung billigen mag, so muss doch Braun [2]) darin zugestimmt werden, dass die konstruktive Grundlage zum Teil anfechtbar ist. Aus diesem Grund möchten wir die vom Kommissionsentwurf gewählte Lösung der Streitfrage gutheissen, zu der auch die dem E 19 folgenden Entwürfe [3]) ohne nähere Begründung zurückgekehrt sind. Auch durch die in den Beschlüssen des Reichstagsausschusses erster und zweiter Lesung sowie den deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen getroffene Aenderung [4]) ist vom Standpunkt der vorhergehenden Entwürfe nicht abgewichen, man hat nur anstelle des gehassten Wortes „rechtmässig" eine unklare Definition desselben gesetzt, im übrigen aber diesen „Rechtmässigkeitsersatz" als objektive Strafbarkeitsbedingung behandelt.

Würde die endgültige Fassung des neuen Strafgesetzbuchs zu der Regelung des Kommissionsentwurfs und der ihm folgenden Entwürfe 25 und 27 zurückkehren, dann würde unsere Streitfrage wohl zur Zufriedenheit gelöst sein und zusammen mit einer guten Definition des Begriffs „rechtmässig"

---

[1]) so Denkschr. z. E. 19 S. 152.
[2]) S. 95.
[3]) E 25: § 141 Abs. 3; E 27: 149 Abs. 3.
[4]) das Wort „rechtmässig" wurde ganz eliminiert und in einem § 149 a der Absatz angefügt: „die Tat ist nicht strafbar, wenn die Amts- oder Dienstbandlung ihrer Art nach nicht zu dem Amts- und Dienstkreise der Behörde, des Amtsträgers oder Soldaten gehört, oder sonst einen groben Verstoss in der Anwendung gesetzlicher Vorschriften enthält".

eine Handhabung des Gesetzes ermöglichen, die — um mit Höpler [1]) zu reden — „von der Bevölkerung verstanden und als gerecht empfunden werden kann".

[1]) Reform 1926 S. 261.

III. Abschnitt.

Erscheinungsformen des Delikts.

§ 11.

Versuch und Vollendung.

a) im geltenden Recht.

Darüber, dass aus § 113 und 117 StGB nur dann gestraft werden darf, wenn der Tatbestand im Sinn der Vollendung verwirklicht ist, kann kein Zweifel bestehen. In beiden Fällen handelt es sich um Vergehen. Gemäss § 43 Abs. 2 StGB kann aber der Versuch eines Vergehens nur in den Fällen bestraft werden, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt; das ist aber in den §§ 113 und 117 StGB nicht geschehen.

Es kann somit hier nur noch die eine Frage gestellt werden: wann ist die strafbare Handlung in diesen Fällen vollendet? Beim tätlichen Angriff kann es nicht zweifelhaft sein; das Delikt ist vollendet, sobald der tätliche Angriff begonnen hat; was darunter zu verstehen ist, wurde oben dargetan. Entsprechend muss die Frage beim Widerstand beantwortet werden. Es ist oben gezeigt, dass zum Begriff des Widerstandes nicht mehr gehört, als dass der Täter der Durchführung der betreffenden Amtshandlung bewusst durch Einwirkung auf den Beamten ein Hindernis in den Weg legt. Nach dieser Feststellung kann es nicht mehr zweifelhaft sein, dass sich das Delikt „mit dem Augenblick vollendet, in welchem der

Beamte auf das gegen die Weiterführung seiner begonnenen Amtshandlung bereitete Hindernis gestossen oder die Drohung mit Gewalt von ihm perzipiert worden ist".[1]) Was hier hinsichtlich der Beamten gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch hinsichtlich der in § 117 gleichgestellten Privatberechtigten.

Nicht so eindeutig erscheint der Tatbestand der Beamtennötigung (§ 114 StGB). Er verlangt nicht Vollendung, sondern nur „Unternehmen"; allein schon dieser Begriff ist lebhaft umstritten. Die einen[2]) verstehen darunter schon die letzten Vorbereitungshandlungen, an welche sich die ersten Ausführungshandlungen unmittelbar anschliessen sollen, die andern[3]) setzen Unternehmen gleich Versuch und nehmen an, dass das „Unternehmen" das gesamte Gebiet des Versuchs umfasse. Wir pflichten letzterer Ansicht bei und sehen das Wesen des „Unternehmens" im Tatbestand des § 114 darin, dass eben hier „jeder Versuch schon die Merkmale der formalen Vollendung aufweist".[4]) Das Vergehen des § 114 ist als reines Versuchsdelikt gefasst.[5]) Der Begriff „Unternehmen" umfasst Versuch und Vollendung, sodass § 114 sowohl für den, der genötigt hat, wie auch für den, der zu nötigen versucht hat, zur Anwendung kommt. Schreitet der Täter über die formale Vollendung hinaus und bewirkt er faktische Vollendung, so kann dieser zweite Akt seines Tuns nur straferhöhend bei der Strafzumessung innerhalb des festen Strafrahmens des § 114 StGB berücksichtigt werden.

Haben wir nun festgestellt, dass das „Unternehmen" die Stadien des Versuchs und der Vollendung umfasst, so bestimmt sich die Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit des Täters danach, ob er schon in das Versuchsstadium eingetreten ist oder nicht; das ist aber nach der objektiven

---

[1]) Binding, Lehrb. II S. 777.
[2]) so v. Liszt-Schm. Lehrb. S. 165; Olshausen § 105, 2; Allfeld S. 188 u. dort N. 21 Zit.
[3]) so Schoetensack, Festgabe f. Frank S. 56; Binding Lehrb. II S. 446; Frank § 43 V, 2 u. § 105, II; Ebermayer Lpz. Kom. § 114, 2, sowie RG 54, 316; 60, 68.
[4]) Schoetensack a. a. O.
[5]) so Binding, Lehrb. II S. 754; Frank § 43, V, 2; u. a.

Theorie, die wir für die richtige halten,[1]) dann der Fall, wenn er mit der Ausführung des Delikts begonnen hat, d. h. „wenn Betätigungen vorliegen, die sich teleologisch gesehen als Bestandteile der beabsichtigten Tatbestandshandlung darstellen".[2])

b) Versuch und Vollendung in den Entwürfen.

Hinsichtlich des in allen Entwürfen wiederkehrenden Tatbestandes des tätlichen Angriffs konnte und musste es bei der schon in § 113 StGB getroffenen Regelung bleiben, wonach eben in dem begonnenen Angriff schon die Vollendung des Tatbestandes zu erblicken ist und eben nur diese strafwürdig erscheint.

Da aber der Vorentwurf in seinem § 126 einen allgemeinen Beamtennötigungsparagraphen geschaffen hat und in diesen auch den Teil des § 113 StGB einbezog, der sich als Hinderung an der Vornahme einer rechtmässigen Amtshandlung oder Nötigung zur Unterlassung einer solchen darstellt, so musste er sich entscheiden, ob er für diesen Teil des § 126 nunmehr dem § 114 oder § 113 StGB folgen und dementsprechend den Tatbestand als Versuchs- oder Vollendungsdelikt fassen wolle. Die Begründung zum Vorentwurf [3]) zeigt, dass diese Frage den Verfassern des Vorentwurfs kein grosses Kopfzerbrechen bereitet hat; sie stellt in lakonischer Kürze fest: „von selbst versteht sich . . ., dass der Tatbestand . . . im Versuchsstadium erfasst werden musste". Dabei vermeidet § 126 Vorentwurf den umstrittenen Begriff des Unternehmens und beginnt mit den Worten: „wer versucht . . .".

Nicht so ganz von selbst, wie für die Verfasser des Vorentwurfs verstand es sich für die des Gegenentwurfs, dass der Beamtennötigungstatbestand im Versuchsstadium erfasst werden müsse. Sie folgen vielmehr, wie die Begründung zum

---

[1]) die Gründe hiefür können im Rahmen dieser Arbeit nicht zur Darlegung kommen; wir müssen uns mit einem Hinweis auf die bei Frank § 43 III, zitierten und insbesondere auf Schoetensack, Festschrift f. Binding 1911 S. 375 ff. sowie Versuch (GS 91, S. 378 ff.) sowie Verbrechensversuch (in Festgabe f. Frank II S. 55 ff.) begnügen.

[2]) so Schoetensack GS 91 S. 385.

[3]) VE Begr. S. 465.

Gegenentwurf [1]) ausführt, einem Vorschlag Bindings,[2]) dem bisherigen Versuchstatbestand des § 126 Abs. 1 und 2 VE die Form des Vollendungsbestands zu geben, da sie „das Wesentliche des Delikts nicht in dem „Widerstand zum ungesetzlichen Zweck",[3]) sondern in der tatsächlich erfolgten widerrechtlichen Nötigung" sehen.

Mit Ausnahme des Kommissionsentwurfs, der wieder das „Unternehmen" mit Strafe bedroht, für diesen Begriff jedoch gleichzeitig in § 12 Ziff 4 [4]) eine Legaldefinition im Sinn der von uns oben vertretenen Ansicht aufstellt, folgen die späteren Entwürfe und Reformarbeiten geschlossen dem Gegenentwurf und fassen die Tatbestände der Beamtennötigung und die entsprechenden der Widersetzung gegen die geschützten Privatberechtigten als Vollendungsdelikte mit eigenem Strafrahmen; sie kommen dann aber doch im Ergebnis nicht zur Straflosigkeit des Versuchs, sondern erreichen dessen Strafbarkeit entweder dadurch, dass sie durch Bestimmung im allgemeinen Teil den Kreis der Vergehen, bei denen auch der Versuch gestraft werden soll, weiter ziehen [5]) oder dadurch, dass sie die Strafbarkeit des Versuchs in den entsprechenden Paragraphen des speziellen Teils normieren.[6])

Man wird diese Regelung, die dem Vorschlag Bindings entspricht, vollauf begrüssen können, da sie einerseits die Streitfragen des geltenden Rechts vermeidet und die als Bedürfnis empfundene Möglichkeit, diese Delikte auch schon im Versuchsstadium mit Strafe zu belegen, erhält.

Es darf allerdings in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass sich der Versuchsbegriff in den Entwürfen bedauerlicherweise von der objektiven Theorie entfernt hat und der subjektiven Versuchstheorie folgt, die wie Mez-

---

[1]) GE Begr. S. 171.
[2]) GS 77 S. 14.
[3]) so Wach Reform 1910 I S. 35 (auch in d. Begr. z. GE a. a. O. zitiert).
[4]) KE 12 Ziff. 4: „dieses Gesetz versteht unter Unternehmen die Vollendung und den Versuch".
[5]) so KE § 27, der den Versuch aller Vergehen, die mit Gefängnis von mehr als 6 Monaten bedroht sind, für strafbar erklärt.
[6]) so E 19: §§ 184, 185, 187; E 25: §§ 141, 143; E 27: §§ 149, 151; Beschl. 1. u. 2. Lesung d. Reichstagsaussch. u. d. Str.Konf.: §§ 149 u. 149 a (vgl. Zusammenstllg.).

ger [1]) mit Recht sagt, „Gesinnungsstrafrecht in Reinkultur" erzeugt und wie Schoetensack [2]) dartut, im vollkommenen Widerspruch zum geltenden Recht zur Bestrafung von Putativdelikten führt, was besonders im Hinblick auf die Tatbestände, die der Entwurf nach dem Typus der reinen Versuchsverbrechen geformt hat, zu schweren Unstimmigkeiten führen muss. Diese kurze Stellungnahme zum Versuchsbegriff der Entwürfe muss im Rahmen dieser Arbeit genügen.

---

[1]) ZStW 47 S. 474; Kohlrausch Reform 1926 S. 30.
[2]) i. Festgabe f. Frank S. 56 ff.

IV. Abschnitt.

Der Strafrahmen.

§ 12.

Die Strafdrohungen in den einzelnen Tatbeständen.

a) im geltenden Recht.

Um dem nächsten Abschnitt, der über Konkurrenzfragen handeln wird, nicht vorzugreifen, beschränken wir uns an dieser Stelle im wesentlichen darauf, die Strafdrohungen in den einzelnen Tatbeständen wiederzugeben und das Grössenverhältnis der Strafrahmen innerhalb unserer Tatbestände zu beleuchten.

Der § 113 StGB, der Widerstand und tätlichen Angriff gegen Vollstreckungsbeamte und die ihnen in Absatz 3 gleichgestellten Personen und Personenverbände umfasst, bedroht diese Straftaten mit Gefängnis von 14 Tagen bis zu 2 Jahren, bei Vorhandensein mildernder Umstände mit Gefängnis von einem Tag bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe allein.

Der § 117 StGB, der ja nur einen Spezialfall des § 113 darstellt, bedroht die in § 113 für strafbar erklärten Handlungen, wenn sie gegen eine der in § 117 genannten Personen verübt werden, im Vergleich mit § 113 insofern mit höherer Strafe als das Strafmaximum 3 Jahre beträgt. Das Strafminimum ist dasselbe wie in § 113; lediglich dann, wenn „der Widerstand oder Angriff unter Drohung mit Schiessgewehr, Aexten oder anderen gefährlichen Werkzeugen erfolgt, oder mit Gewalt an der Person begangen worden", erhöht sich

auch das Strafminimum auf 3 Monate Gefängnis. Auch bei Zubilligung mildernder Umstände zeigt sich die Verschärfung der Strafdrohung des § 117 gegenüber § 113 dahin, dass in § 117 Geldstrafe überhaupt nicht angedroht ist, sondern nur Gefängnisstrafe, diese allerdings in gleichem Rahmen wie bei § 113; nur dann, wenn die Tat unter einem der oben angegebenen gravierenden Begleitumstände erfolgt ist, erscheint als Minimum auch bei mildernden Umständen die höhere Strafe von einem Monat Gefängnis. Die Strafdrohungen des § 117 werden durch § 118 noch weiter verschärft und zwar so, dass auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren erkannt werden kann, wenn durch die Handlung eine Körperverletzung dessen verursacht worden, gegen den sie sich gerichtet hat. Eine weitere Erhöhung des Strafmaximums der §§ 117 und 118 bis um die Hälfte des angedrohten Höchstbetrags, die Gefängnisstrafe jedoch nicht über 5 Jahre, ist durch § 119 dann vorgesehen, wenn die Handlungen von mehreren gemeinschaftlich begangen worden sind.

Der § 114 StGB bedroht die Beamtennötigung mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren, bei Vorliegen mildernder Umstände mit Gefängnis von 1 Tag bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe allein.

Betrachten wir die bisher behandelten Strafdrohungen für sich allein, so werden wir nichts besonderes finden; stellen wir sie aber nebeneinander und vergleichen, so ergeben sich auffallende Merkwürdigkeiten.

Der Grund dafür, dass die gleichen Handlungen dann, wenn sie sich gegen Organe des Forst- und Jagdschutzes richten (§ 117), mit höherer Strafe bedroht sind, als wenn sie gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113) gerichtet sind, ist vom Standpunkt der Zeit aus gesehen, in der das Strafgesetzbuch geschaffen wurde, einleuchtend, denn es bedurften eben gerade die Organe des Jagdschutzes eines erhöhten strafrechtlichen Schutzes, da „der chronische, verwegene, an Hartnäckigkeit kaum abnehmende Kampf des Wilderers gegen den Jagdberechtigten und die Organe seines Rechtsschutzes sich meist in der Einsamkeit abspielt“ [1]) und der Wilderer dabei fast immer bewaffnet ist.

---

[1]) so Binding Lehrb. II S. 785.

Ein Vergleich der Tatbestände und Strafdrohungen der §§ 113 und 114 StGB kann jedoch keineswegs befriedigen. Soweit der Widerstand in einer Nötigung zur Unterlassung einer Amtshandlung besteht, ist er — wie oben gezeigt — ein Spezialfall der Beamtennötigung. Der Gedanke der Ausscheidung des § 113 aus dem Tatbestand des § 114 kann doch nur der gewesen sein, den Vollstreckungsbeamten, der im besonderen Masse der Gefahr des Widerstandes preisgegeben ist, besonders zu schützen. Damit kann es aber nicht vereinbart werden, dass der § 113 hinsichtlich der Strafdrohung privilegiert ist, zumal er hinsichtlich der Nötigungsmittel noch qualifiziert ist. Der einzige Grund für die Privilegierung könnte, wie Binding [1]) mit Recht sagt, „nur in der gemütlichen Erregung gefunden werden, in welche der Vollstrekkungsakt den Widerstehenden versetzt hat". Allein dies mag auf einzelne Fälle zutreffen, dies zu berücksichtigen kann aber dann lediglich Sache der Strafzumessung sein [2]) und rechtfertigt weder die generelle Privilegierung, noch die Ausscheidung des Tatbestandes der Widersetzung aus dem der Nötigung, wie dies im geltenden Strafgesetzbuch geschehen ist.

Aber auch wenn wir die Strafdrohung des § 113, die auch für den zweiten Teil des Tatbestandes, den tätlichen Angriff, zutrifft, ins Verhältnis setzen zu den dem tätlichen Angriff verwandten Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs, werden wir ein Fragezeichen um das andere machen müssen. Geht man davon aus, dass der Vollstreckungsbeamte durch § 113 doch zweifellos eines höheren Strafschutzes teilhaftig werden soll als jeder beliebige Dritte, so muss man sich darüber wundern, dass die Strafe des § 113 nur ganz wenig über der tätlichen Beleidigung des § 185 und ganz beträchtlich unter der leichten Körperverletzung gehalten ist. Gründe, die diese auffallenden Verhältnisse zwischen den einzelnen Strafdrohungen rechtfertigen könnten, finden sich nicht. Binding [3]) sagt mit Recht: „Es sind dies Mysterien deutscher Gesetzgebung, deren Tiefsinn kein sterbliches Auge durchdringt"!

---

[1]) Lehrb. II S. 759.
[2]) in diesem Sinn auch ME Mayer VDB I S. 464.
[3]) Lehrb. II S. 781.

b) Die Strafdrohungen in den Entwürfen.

Von den Entwürfen muss man erwarten, dass sie die Missverhältnisse unter den einzelnen Strafdrohungen, wie sie das geltende Recht zeigt, vermeiden und den Gedanken des Gesetzes auch in der Strafdrohung unzweifelhaft erkennen lassen.

Der Vorentwurf hat im § 126 — wie schon dargetan — die Tatbestände der §§ 113, 114 und 117 des geltenden Rechts zusammengefasst und für alle darin enthaltenen strafbaren Handlungen einen gemeinsamen Strafrahmen geschaffen: Gefängnis von einem Tag bis zu 5 Jahren,[1]) bei mildernden Umständen Haft von einem Tag[2]) bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu 3000 RM. Dabei ist er bei Bestimmung dieses Strafrahmens mit Recht davon ausgegangen,[3]) „dass der Hauptfall des Paragraphen, die Beamtennötigung, schwerer zu strafen ist als die Nötigung im allgemeinen (§ 240)". Die Erhöhung des Höchstmasses von jetzt 2 Jahren in § 113 auf 5 Jahre hielt er als durch die Einbeziehung des § 114, der dieses Höchstmass schon hat, für bedingt.

Goldschmidt[4]) hat sich besonders scharf gegen die Erhöhung des Höchstmasses auf 5 Jahre in § 126 VE gewendet. Er begründet das hauptsächlich damit, dass in der Vergangenheit das Strafmass ausgereicht habe, und die Verurteilungen stets weit unter ihm geblieben seien, dass auch im Jahre 1907 nur e i n e Verurteilung auf Grund des § 114 erfolgt sei, die 2 Jahre Gefängnis überschritten habe; zudem zeige schon die Statistik, dass die Wichtigkeit des § 113 die des § 114 weit überwiege. Goldschmidt kommt auf Grund dieser Erwägungen zu dem Schluss, dass in § 126 VE das Strafmaximum von 2 Jahren trotz Einbeziehung des § 114 StGB genüge. Im praktischen Ergebnis ist der Gegenentwurf diesem Vorschlag Goldschmidts gefolgt, indem er in § 135 Gefängnis schlechthin androht, der Höchstbetrag der Gefängnisstrafe aber gemäss § 42, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt — und das ist bei § 135 nicht geschehen — 2 Jahre beträgt; der Min-

---

[1]) VE § 126 vergl. m. § 16.
[2]) vergl. m. § 19 VE.
[3]) vgl. VE Begr. S. 468.
[4]) Reform 1910, II S. 45 ff.

destbetrag der Gefängnisstrafe ist durch § 42 gleichzeitig auf 1 Woche erhöht worden. Insoweit ist also beinahe zur Strafdrohung des § 113 StGB zurückgekehrt. Mildernde Umstände lässt der Gegenentwurf gemäss § 87 in allen Fällen zu und regelt die Strafdrohungen nach dem dort aufgestellten Schema. „In besonders leichten Fällen kann (bei der Beamtennötigung) sogar von Strafe abgesehen werden.[1]) Diese Regelung kann jedoch nicht befriedigen, schon deshalb nicht, weil von dem oben befürworteten Grundsatz, dass die Beamtennötigung sich auch hinsichtlich der Strafdrohung von der gewöhnlichen Nötigung abheben müsse, wie ein Vergleich der §§ 135 und 277 GE zeigt, abgewichen ist.

Der Kommissionsentwurf hat in § 191 als ordentlichen Strafrahmen Gefängnis von 1 Tag [2]) bis zu 3 Jahren, bei mildernden Umständen Gefängnis von 1 Tag bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe festgesetzt. Damit ist die Beamtennötigung über die gewöhnliche Nötigung, die in § 310 Kommissionsentwurf mit höchstens 2 Jahren Gefängnis bedroht ist, genügend herausgehoben. Wenn im übrigen die Strafrechtskommission [3]) aus ähnlichen Gedanken, wie sie Goldschmidt vortrug, zu dem Ergebnis kommt, sich mehr dem Strafrahmen des § 113 StGB anschliessen zu müssen, so kann ihr zugestimmt werden, da sie auch den höheren Strafdrohungen der weit weniger zur Anwendung gelangenden §§ 114 und 117 StGB durch Heraufsetzung des Höchstmasses auf 3 Jahre ausreichend Rechnung trägt.[4]) Dieser zufriedenstellenden Regelung des Kommissionsentwurfs folgen die Entwürfe 19[5]) und 25,[6]) während der Entwurf 27 [7]) und die ihm folgenden Reformarbeiten [8]) sich im Endergebnis bezüglich des Maximums wie-

---

[1]) vgl. GE § 135 Abs. 3.
[2]) vgl. § 52 KE.
[3]) vgl. Protokolle 97. Sitzung S. 3.
[4]) vgl. Protokolle 97. Sitzung S. 3.
[5]) E 19 §§ 184, 187.
[6]) E 25 §§ 141, 143.
[7]) E 27 §§ 149, 151.
[8]) Reformarbeiten, vgl. Zusammenstellung S. 88 u. 89 (den § 151 E 27 liessen die Beschlüsse des Reichstags-Ausschusses in 1. Lesung und die der Strafrechtskonferenzen wegfallen, während ihn die Beschlüsse des Reichstagsausschusses 2. Lesung [vgl. Kohlrausch Zus.-Stellg. S. 148] wieder aufnehmen).

der der Strafdrohung des § 114 StGB und des § 126 VE angleichen, indem sie Gefängnisstrafe schlechthin androhen und diese in § 35 Abs. 2 durch das Minimum eine Woche und das Maximum 5 Jahre begrenzen. Neben diesem Rückschritt verfallen aber die Reformarbeiten von Entwurf 27 ab zugleich wieder in den alten schon am Gegenentwurf getadelten Fehler, dass sie die Beamtennötigung im Maximum mit derselben Strafe bedrohen wie die gewöhnliche Nötigung des § 279 E 27.

Während der Vorentwurf und Kommissionsentwurf dem Beispiel des Strafgesetzbuchs folgten und die einzelnen Delikte darauf prüften, ob es angebracht ist, für den Fall mildernder Umstände eine geringere Strafe vorzuschreiben oder zuzulassen, geht der Entwurf 19 [1]) einen anderen Weg, „er geht in Uebereinstimmung mit dem Gegenentwurf von der Auffassung aus, dass mildernde Umstände bei jedem Delikt in Frage kommen können, und dass es sich empfiehlt, die Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände und die Wirkungen dieser Annahme einheitlich zu regeln";[2]) der Entwurf 19 lässt demgemäss bei allen Delikten mildernde Umstände zu unter Beschränkung des Strafmaximums auf die Hälfte der Höchststrafe des betreffenden Delikts (§ 115 E 19). Dieser Regelung des Entwurfs 19 folgen die Entwürfe 25 [3]) und 27 [4]) sowie die weiteren Reformarbeiten.[5]) Diese kurze Exkursion in den allgemeinen Teil der Entwürfe war notwendig, um nicht den Eindruck zu erwecken, als ob seit dem Entwurf 19 mildernde Umstände in unseren Tatbeständen versagt wären, weil sie in ihnen nicht mehr ausdrücklich genannt werden.

Neben der Erweiterung des Strafrahmens nach unten findet sich in den Entwürfen auch eine solche nach oben. In dieser Beziehung kann man schon im Vorentwurf gegenüber unserem geltenden Recht einen erfreulichen Fortschritt dahin feststellen, dass er mit der Kasuistik der §§ 118 und 119

---

[1]) E 19 §§ 113—115.
[2]) E 19 Begr. S. 100.
[3]) E 25 § 73 und Begr. S. 52—53.
[4]) E 27 § 74 und Begr. S. 55—56.
[5]) Zusammenstellung S. 40 und 41.

aufgeräumt und an ihrer Stelle in § 126 Abs. 3 die erschwerenden Umstände allgemein gefasst hat, und diese nunmehr bei allen Tatbeständen des § 126 VE gleichmässig straferhöhend berücksichtigt.[1]) Damit hat der Vorentwurf das peinliche Empfinden beseitigt, das ein Vergleich der Tatbestände der §§ 113, 114 und 117—119 des geltenden Rechtes wecken musste, dass der Schutz der übrigen Beamten gegenüber den Forst- und Jagdbeamten und den ihnen gleichgestellten Privatpersonen etwas stiefmütterlich behandelt worden sei. Ist eine der in § 126 VE aufgeführten und geschützten Personen „durch die Handlung in schwere persönliche Gefahr geraten oder erheblich körperlich verletzt worden", so ist die Strafe Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren, die sich „in besonders schweren Fällen" [2]) in Zuchthaus von 1 Jahr [3]) bis zu 5 Jahren verschärfen kann. Der Gegenentwurf lässt in § 135 Abs. 4 die „besonders schweren Fälle" des § 126 VE weg und bedroht den Täter, wenn eine der geschützten Personen „in schwere persönliche Gefahr geraten ist", schlechthin mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Der Kommissionsentwurf verlangt in § 191 Abs. 2, dass „infolge der Tat eine schwere Gefahr für Leib oder Leben der genannten Personen eingetreten" sei und bedroht dann die Handlung mit Gefängnis von 1 Monat bis zu 5 Jahren, in „besonders schweren Fällen" mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren.

Vom Entwurf 19 an scheiden die Entwürfe zweckmässig die durch besondere Tatumstände qualifizierten Fälle von den eigentlichen Deliktstatbeständen ab und lassen sie diesen in einem gesonderten Paragraphen als „schwerer Widerstand" nachfolgen. Dadurch wird der „schwerfällige" [4]) Sammelparagraph, der sich vom Kommissionsentwurf an wieder in Einzelparagraphen auszugliedern beginnt, vom praktischen

---

[1]) Goldschmidt, Reform 1910 II S. 47 hat dagegen Bedenken, es folgen jedoch alle späteren Entwürfe in dieser Hinsicht dem Beispiel des VE.

[2]) VE § 84 Abs. 2: „ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint".

[3]) vgl. VE § 14.

[4]) wie ihn Binding GS 77 S. 9 N. 1 bezeichnet.

Standpunkt aus gesehen, vorteilhaft entlastet. In der sachlichen Ausgestaltung ist der „schwere Widerstand" des § 188 E 19 mit der Regelung im Kommissionsentwurf übereinstimmend, nur in der Strafdrohung ermässigt sich das Maximum bei den „besonders schweren Fällen" auf 5 Jahre Zuchthaus. Dieser Regelung des Entwurfs 19 schliesst sich der Entwurf 25 in § 144 an. Während alle Entwürfe bis zum Entwurf 25 nur dann den qualifizierten Fall annehmen, wenn der, gegen den sich der Widerstand gerichtet hat, in schwere Gefahr für Leib oder Leben gebracht worden ist, erweitert der Entwurf 27 in seinem § 152 die Anwendungsfälle, indem er lediglich verlangt, dass „ein anderer" in die schwere Gefahr gebracht worden sei. Die Begründung zum Entwurf 27 [1]) bestätigt diese Ausdehnung ausdrücklich, ohne sie jedoch weiter zu begründen. Auch die späteren Reformarbeiten [2]) folgen der Regelung des Entwurfs 27.

Auf eine Besonderheit muss hier noch hingewiesen werden. Während die Qualifizierung nach dem Vorentwurf — ebenso wie nach § 118 StGB [3]) — schon dann eintritt, wenn objektiv die bezeichnete Gefährdung oder Verletzung gegeben war, bringt der Kommissionsentwurf insofern eine Neuregelung, als er in Konsequenz der Kommissionsbeschlüsse zum allgemeinen Teil (§ 22) die schwere Strafdrohung nur dann eingreifen lassen kann, wenn der Täter den Erfolg als möglich hat voraussehen können.[4]) Sachlich schliessen sich sämtliche Entwürfe [5]) dieser berechtigten Einschränkung an, die anstelle der blossen Erfolgshaftung auch das Schuldmoment gebührend berücksichtigt; nur im Ausdruck unterscheiden sich Entwurf 25 und folgende Reformarbeiten von Kommissionsentwurf und Entwurf 19, indem sie verlangen, dass die Folge wenigstens „fahrlässig" herbeigeführt

---

[1]) E 27 Begr. S. 84.
[2]) vgl. Zusammenstellung S. 88 und 89, sowie Kohlrausch Zusammenstellung S. 149.
[3]) vgl. RG. 42 S. 317.
[4]) vgl. Protokolle 98. Sitzung S. 6; nach langer Beratung Annahme des Antrags S. 10.
[5]) E 19: § 17; E 25: § 15; E 27: § 21 und Beschlüsse des Reichstagsausschusses und der Strafrechtskonferenzen, vgl. Zusammenstellung S. 12 und 13.

sein müsse. Durch diese Einschränkung der „Erfolgshaftung“ wird die oben genannte Erweiterung des Entwurfs 27 erträglich und unbedenklich.

V. Abschnitt.

Konkurrenzfragen.

a) im geltenden Recht.

§ 13.

Das Verhältnis der §§ 113, 114 und 117 StGB zueinander.

Wir haben oben [1]) schon eingehend dargetan, dass der Tatbestand des § 113 insoweit, als er die Nötigung zur Unterlassung einer Vollstreckungshandlung mit Strafe bedroht, gegenüber dem § 114 durchweg enger ist und daher ihm gegenüber als Spezialdelikt erscheint. Aus diesem Grunde ist die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zu verneinen.[2]) Von Liszt-Schm.[3]) erklärt ohne weitere Begründung: „Idealkonkurrenz mit § 113 ist möglich"; lediglich in einer Fussnote [4]) weist er darauf hin, dass die Ansicht der herrschenden Meinung zu unbefriedigenden Ergebnissen führe. Das wird auch allgemein zugegeben, allein es ist nicht angängig, einen Fehler des Gesetzes durch Aufstellung von Dogmen, die das Gesetz vergewaltigen, zu korrigieren. Die schlimmste Folge zeitigt das Gesetz dadurch, dass es den privilegierten Fall des § 113 be-

---

[1]) § 9 der Arbeit.

[2]) das ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre: vgl. Olshausen § 114, 7 a; Ebermayer Lpz. Kom. § 114 5 a; Frank § 114, I; Binding Lehrb. II S. 783; ME Mayer VDB I S. 463; RG 3, 334; 4, 143; 20, 35; 34, 113.

[3]) Lehrb. S. 793.

[4]) a. a. O. N. 16.

züglich der Nötigungsmittel qualifiziert und so, will man dem Buchstaben des Gesetzes folgen, die Möglichkeit schafft, den Täter nach dem schwereren § 114 zu strafen, wenn er glimpflichere Mittel als „Drohung mit Gewalt" angewendet hat. Binding[1]) will für diesen Fall auch die Anwendungsmöglichkeit des § 114 verneinen. So begrüssenswert dieses Ergebnis wäre, erscheint es immerhin nicht ganz unbedenklich, das Gesetz dort sinngemäss zu interpretieren, wo es offenbaren Unsinn[2]) geschaffen hat. Man wird es vielmehr einer vernünftigen Rechtsprechung überlassen müssen, in solchen Fällen keinesfalls das Maximum des § 113 zu überschreiten und unter Zubilligung mildernder Umstände gemäss § 114 Abs. 2 eine Entscheidung zu fällen, die trotz der unbefriedigenden Fassung des Gesetzes als befriedigendes Ergebnis bezeichnet werden kann.

Der § 117 unterscheidet sich vom § 113 lediglich durch die Verschiedenheit der Angriffsobjekte und durch den Reflex dieser Verschiedenheit im Vorsatz des Täters.[3]) Die Angriffsobjekte des § 117 sind aber im Verhältnis zu § 113 spezialisiert, sodass gegenüber § 113 der § 117 als das speziellere Gesetz erscheint, Idealkonkurrenz somit auch zwischen diesen Paragraphen nicht möglich ist.[4]) Soweit § 113 nach oben Ausgeführtem das speziellere Gesetz gegenüber § 114 ist, gilt selbstverständlich das gleiche für das Verhältnis des § 117 zum § 114.[5])

§ 14.

Das Verhältnis der in § 13 behandelten Gesetzesbestimmungen zu anderen des Strafgesetzbuchs.

Da die Beamtennötigung des § 114 gegenüber § 240 als das speziellere Gesetz angesehen werden muss, so besteht zwischen diesen Paragraphen Gesetzeskonkurrenz, Idealkonkurrenz ist also ausgeschlossen.[6]) Dadurch, dass in § 114 die

---

[1]) Lehrb. II S. 776 u. 783.
[2]) Binding sagt in Lehrb. II S. 783 selbst: „das ist sinnlos, aber lex lata"!
[3]) so Binding Lehrb. II S. 786.
[4]) so auch RG 7, 301.
[5]) so auch RG 34, 113.
[6]) so auch RG 31, 3; 54, 164; Frank § 114, IV; Lpz. Kom. § 114, 5 b.

Bedrohung in weiterem Umfang als in § 240 in Betracht kommt, wird der Deliktsbegriff nicht berührt.[1])

Ist Idealkonkurrenz zwischen § 240 und § 114 ausgeschlossen, so auch zwischen § 240 und dem Widerstand des § 113, der selber wieder (vom tätlichen Angriff abgesehen) als ein Spezialfall des § 114 erscheint.

Das Verhältnis des tätlichen Angriffs des § 113 zur tätlichen Beleidigung des § 185 bestimmt sich wesentlich danach, was unter „tätlichem Angriff" verstanden wird. Wir haben uns oben [2]) entgegen der Ansicht Bindings,[3]) der die Begriffe „tätlicher Angriff" und „Tätlichkeit" vollständig zusammenfallen lässt, der herrschenden Meinung angeschlossen und mit dem Reichsgericht [4]) unter „tätlichem Angriff" jede in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines andern zielende Einwirkung ohne Rücksicht auf ihren Erfolg verstanden. Daraus ergibt sich, dass der tätliche Angriff keineswegs immer in einer Tätlichkeit zu bestehen braucht, die tätliche Beleidigung somit nicht das dem gewöhnlichen Hergang entsprechende Mittel zum tätlichen Angriff ist und daher Idealkonkurrenz zwischen tätlichem Angriff des § 113 und tätlicher Beleidigung des § 185 als möglich angesehen werden muss.[5])

Aus dem gleichen Grund ist auch Idealkonkurrenz zwischen tätlichem Angriff und Körperverletzung (§ 123 bis 126) als möglich zu erachten,[6]) sowie zwischen § 118 und den Körperverletzungsdelikten, wenn festgestellt wird, dass die Kör-

---

[1]) so auch Braun S. 114.
[2]) § 9 der Arbeit.
[3]) Lehrb. II S. 780.
[4]) RG 59, 265.
[5]) Im Ergebnis ebenso: Ebermayer Lpz. Kom. § 185, 14; Olshausen § 185, 19; Braun S. 114. **a. M.** Binding Handb. I S. 365, wo er den Standpunkt vertritt, die tätliche Beleidigung werde durch den Tatbestand des tätlichen Angriffs aufgezehrt; — nicht ganz konsequent erscheint es, wenn Ostberg S. 34 sich hinsichtlich des Begriffs „tätlicher Angriff" entgegen der Ansicht Bindings der herrschenden Lehre anschliesst, bei Behandlung der Konkurrenzfragen (S. 44) aber ohne weitere Begründung wieder der Ansicht Bindings entgegen der herrschenden Lehre beipflichtet.
[6]) so auch RG 41, 84.

perverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde.[1])

Ist Idealkonkurrenz zwischen tätlichem Angriff und Körperverletzung möglich, so noch mehr zwischen dem übrigbleibenden Teil des Tatbestandes des § 113 (Widerstand) und der Nötigung des § 114 einerseits und Körperverletzung andererseits, denn einmal ist Gewalt nicht gleichbedeutend mit Körperverletzung, dann aber ist Nötigung auch denkbar ohne Körperverletzung, sie kann auch durch blosse Freiheitsberaubung erfolgen; es ist daher auch Idealkonkurrenz zwischen § 113 und 114 einerseits und § 239 (Freiheitsberaubung) andererseits denkbar.[2])

Zwischen § 113 und 114 einerseits und § 241 (Bedrohung) andererseits kann nur Gesetzeskonkurrenz bestehen, da in allen Tatbeständen das Element der Drohung erscheint, Idealkonkurrenz ist somit ausgeschlossen, es kommt nur § 113 bezw. § 114 zur Anwendung, da letztere gegenüber § 241 als die spezielleren Bestimmungen erscheinen.[3])

Was bisher über § 113 und sein Verhältnis zu den anderen Strafbestimmungen ausgeführt wurde, hat gleichzeitig auch für den ganz analog gestalteten § 117 Geltung.

b) Konkurrenzfragen in den Entwürfen.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollten wir die einzelnen Tatbestände des speziellen Teils auf ihrem Weg durch die Entwürfe verfolgen, um festzustellen, ob und in wiefern sich die Konkurrenzverhältnisse zu den in unserer Arbeit behandelten Tatbeständen gegenüber dem geltenden Recht erhalten oder verschoben haben; auch eine blosse Feststellung in dieser Hinsicht vom Standpunkt der neuesten Reformarbeiten aus wäre fruchtloses Beginnen, da hieraus für die Erkenntnis der in dieser Arbeit zur Darstellung gekommenen Tatbestände nichts gewonnen würde und zudem auch der Stand der heutigen Reformarbeiten nur als eine Entwicklungsphase und nicht als etwas Endgültiges angesprochen werden kann. Wir beschränken uns deshalb darauf, das ge-

[1]) so auch Lpz. Kom. § 223, 15.
[2]) so auch Frank § 239 VII u. Lpz. Kom. § 239, 10.
[3]) so auch RG 54, 206 vgl. auch RG 54, 288, ebenso Lpz. Kom. § 241, 8 b.

genseitige Verhältnis derjenigen Bestimmungen, denen das Interesse dieser Arbeit galt, kurz zur Darstellung zu bringen.

Schon in den früheren Ausführungen wurde gezeigt, dass alle Entwürfe das „nicht durchsichtige“ [1]) Verhältnis zwischen den Paragraphen 113 und 114 des geltenden Rechts, das in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat, dadurch lösten, dass sie das Widerstandsdelikt des § 113, vom tätlichen Angriff abgesehen, nur als einen Unterfall der Beamtennötigung erfassten. Der Vorentwurf hat die Tatbestände der §§ 113, 114, 117—119 StGB sogar in einem einzigen Paragraphen (§ 126) zusammengezogen. Damit wurden, wie Braun [2]) mit Recht sagt, sämtliche Konkurrenzfragen, die sich an das geltende Recht hinsichtlich dieser Paragraphen untereinander knüpften, hinfällig. Der Kommissionsentwurf hat dann in § 191 die Sache noch wesentlich vereinfacht, indem er auch noch den Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Beamten aufgab. Vom Kommissionsentwurf an beginnt die ebenfalls schon erwähnte Ausgliederung des im Vorentwurf und Gegenentwurf gewählten Sammelparagraphen, ohne dass dadurch die sachliche Regelung irgend eine Aenderung erfahren würde. Es werden eben nunmehr die geschützten Rechtssubjekte anstatt in einem Paragraphen in mehreren aufgeführt. Zwischen diesen Einzelparagraphen aber bestehen, wie auch Braun [3]) richtig bemerkt, keinerlei Konkurrenzverhältnisse.

---

[1]) VE Begr. S. 465.
[2]) S. 115.
[3]) S. 116.

Druck des „Schwarzwälder Volksfreund“ Rottweil a. N.